

UiO : **Det juridiske fakultet**

Doktrinen om odiøs gjeld

En analyse av innholdet i og rekkevidden av den folkerettslige doktrinen om odiøs gjeld

Kandidatnummer: 585

Leveringsfrist: 26. November 2012

Antall ord: 17 771



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Problemstilling og metode	2
1.2	Terminologi	3
1.2.1	Odios gjeld og illegitim gjeld	3
1.2.2	Suksesjon	4
1.3	Rettslig utgangspunkt	4
1.3.1	Anvendelse av internasjonale regler i nasjonal rett	4
1.3.2	Utgangspunktet i suksesjonslæren: kontinuitetsregelen	6
1.3.3	Den juridiske doktrinen om odios gjeld	7
2	TEORIER OM ODIØS GJELD	8
2.1	A.N.Sack	8
2.1.1	Gjeld stiftet av en despot	9
2.1.2	Strid med befolkningens interesser og behov	10
2.1.3	Kreditors kunnskap om formålet med statslånet	14
2.2	O'Connell	14
2.2.1	Krigsgjeld	15
2.2.2	Fiendtlig gjeld	16
2.3	Feilchenfeld	17
2.3.1	Etikk og rettferdighet, ikke juss	18
2.3.2	Teori om urettferdig gjeld. Vilkår	19
2.3.3	Feilchenfeld sin kritikk av en generell unntaksregel for krigsgjeld	21
2.4	Mohammed Bedjaoui	22
2.4.1	Formålet med gjeldsmidlene strider mot befolkningens vesentlige interesse	23
2.4.2	Formålet med gjeldsmidlene strider mot internasjonal rett	24
2.5	Khalfan	26
2.6	Paulus	27

2.7	P.K.Menon	27
2.8	Drøfting av de ulike teoriene	28
2.8.1	Innholdet i doktrinen	29
2.8.2	Anvendelse av doktrinen	30
2.8.3	Typetilfeller av gjeld	31
3	MULIG ANVENDELSE AV DOKTRINEN.....	32
3.1	Forhandlingene om den cubanske gjelden i kjølvannet av den spansk-amerikanske krigen i 1898.....	33
3.2	Oranjestaten	36
3.3	Tinoco-saken.....	37
3.4	Sør-Afrika	40
3.5	Irak	43
3.6	Konklusjon.....	46
4	STØTTE FOR DOKTRINEN BLANT ANERKJENTE PRINSIPPER I INTERNASJONAL RETT	48
4.1	Demokrati som internasjonalt prinsipp.....	48
4.2	Permanent suverenitet over statens ressurser.....	49
4.3	Den internasjonale plikten til å anerkjenne acquired rights.....	50
4.4	Ubegrunnet berikelse	51
4.5	Menneskerettigheter.....	52
4.6	God tro	53
4.7	Konklusjon.....	54
5	KONKLUSJON	55
5.1	Vilkår for anvendelse.....	55
5.1.1	Gjeld stiftet av en despot	55
5.1.2	Strid med befolkningens interesser og behov.....	56
5.1.3	Kreditors kunnskap.....	57
5.1.4	Konklusjon.....	58

5.2	Doktrinenes rekkevidde	58
5.3	Krigsgjeld.....	61
5.4	Kritikk av doktrinen.....	62
6	LITTERATURLISTE	64
6.1	Litteratur	64
6.1.1	Bøker	64
6.1.2	Tidsskriftsartikler fra internett.....	65
6.2	Nettdokumenter	66
6.3	Traktater.....	67
6.4	Domsregister	67

1 Innledning

Statslån er et instrument som er egnet til å skape utvikling. Tilgang på kapitalressurser gir mulighet for investering i prosjekter som kan føre til ressursutbytte og utviklingsringvirkninger for befolkningen. Samtidig er det klart at ikke alle statslån skaper slike verdier. Historien har gitt oss eksempler hvor lånemidler har blitt stukket i statsledernes lommer og eksempler hvor statslån stiftet av udemokratisk valgte regimer har gått til prosjekter som utelukkende beriker en marginal del av befolkningen. Andre lånemidler har finansiert handlinger som har vært direkte skadelige for statens egen befolkning, slik som folkemord eller apartheid.

Sletting av statsgjeld skjer ofte som et ledd i et bistandsprogram, hvor målet er å skape en bærekraftig gjeldsbyrde i skyldnerlandene. Et annet grunnlag for gjeldsslette som stadig blir mer populært er rettferdighet, hvor statsgjeld slettes fordi statslånet er et resultat av skitten kreditorvirksomhet og klanderverdige låneprosedyrer. I denne oppgaven undersøker jeg om det finnes et tredje grunnlag for å slette gjeld: ikke bistand, ikke rettferdighet, men sletting av gjeld fordi gjelden har kommet istand i strid med internasjonal rett.

Uregelmessige statslån er på dagsorden. Den norske regjeringen skal innen sommeren 2013 gjennomføre en fullstendig gjennomgang av alle sine utestående statslån hvor formålet er å undersøke om Norge har handlet ansvarlig som kreditor.¹ Tunisia er i gang med samme prosess, men skal i motsetning til Norge gjennomføre undersøkelsen i kraft av sin posisjon som debitor. Spørsmålet om odiøs gjeld er også på dagsorden i kjølvannet av den arabiske våren, hvor de tidligere regimene i blant annet Egypt og Libia etterlater seg store mengder utestående gjeld.²

¹ Utenriksdepartementet (2012)

² Stolpestad (2011)

1.1 Problemstilling og metode

Målet med oppgaven er å undersøke innholdet i og rekkevidden av den folkerettslige doktrinen om såkalt odiøs gjeld. Med *innholdet* mener jeg hvilke vilkår som må være oppfylt for at et statslån skal omfattes av doktrinen. Med *rekkevidden* mener jeg hvilken status doktrinen har i folkeretten, og hvordan den kan anvendes.

I oppgavens innledningskapittel vil jeg redegjøre for det rettslige utgangspunktet for doktrinen om odiøs gjeld. I oppgavens andre kapittel skal jeg presentere syv ulike teorier om innholdet i og rekkevidden av doktrinen om odiøs gjeld. I kapittel tre skal jeg analysere fem eksempler på statssuksesjon fra statspraksis. Målet med analysen er å undersøke om det finnes støtte for en doktrine om odiøs gjeld. I kapittel fire drøfter jeg doktrinen i lys av grunnleggende juridiske prinsipper. Til slutt i oppgaven trekker jeg en konklusjon om doktrinens innhold og rekkevidde.

Fremgangsmåten tilsvarer ordinær folkerettslig metode. Analysen av statspraksis i kapittel tre tilsvarer *international custom* i ICJ-statuttene artikkel 38(1)b, mens vurderingen i kapittel fire tilsvarer artikkel 38(1)c; *general principles of international law*.³

I arbeidet har jeg brukt syv primærkilder: Sack, Feilchenfeld, O'Connell, Bedjaoui, Paulus, Khalfan og Menon.⁴ Disse kildene har sin unike vinkling på doktrinen om odiøs gjeld, noe jeg grundig redegjør for i kapittel to.

Av sekundærkilder finnes det et rikelig omfang. Det var lenge lite debatt rundt doktrinen, men særlig det siste tiåret har det kommet omfattende bidrag til debatten. Irak-krigen bidro

³ ICJ-statuttene artikkel 38(1)

⁴ Sack (1927), Feilchenfeld (1931), O'Connell (1967), Bedjaoui (1977), Khalfan (2007), Paulus (2008) og Menon (1991)

til et nytt fokus på doktrinen på begynnelsen av 2000-tallet. I 2003 gjennomførte Center for Sustainable Development Law ved McGill Universitetet i Canada en omfattende studie av doktrinen.⁵ Studien er grundig og blir ofte referert til i litteraturen.⁶ Jeg bruker dette verket til å kommentere primærkildene, men også som en primærkilde i seg selv.⁷ Det ble arrangert to store symposier om odiøs gjeld ved to amerikanske universiteter, North Carolina i 2007 og Harvard i 2009. Symposiene resulterte i et omfangsrikt artikkelmateriale hvor doktrinen ble analysert, hyllet, kritisert og videreutviklet.⁸ En annen viktig kilde er to rapporter om doktrinen skrevet av henholdsvis Verdensbanken og UNCTAD, på oppdrag fra og finansiert av den norske regjeringen i 2007.⁹

1.2 Terminologi

1.2.1 Odiøs gjeld og illegitim gjeld

Odiøs gjeld er et juridisk begrep i folkeretten. Ifølge Store Norske Leksikon er et odiøst objekt noe ”som fremkaller uvilje, vekker anstøt; ondsinnet, ondskapsfull”.¹⁰

Odiøs gjeld må ikke forveksles med illegitim gjeld. Selv om ordet ”illegitim” kan forstås som en juridisk norm, er begrepet en politisk betegnelse som favner videre odiøs gjeld. Det finnes ingen fast definisjon av illegitim gjeld, men betegnelsen brukes ofte av sivilt samfunn for å beskrive statslån som er ulovlig, urettferdig, umoralske eller uønskede.¹¹ Om-

⁵ Khalfan (2003)

⁶ Howse (2007) s. 3, Yianni (2007) s. 756, Bonilla (2011) s. 2

⁷ Se kapittel 2.5

⁸ Se Buchheit (2007), Cheng (2007), King (2007), Michalowski (2007), Stephan (2007), Yianni (2007), Paulus (2008), Ochoa (2008), Giroud (2009) og Bonilla (2011)

⁹ Nehru (2008) og Howse (2007)

¹⁰ Store Norske Leksikon (2007)

¹¹ Se Hanlon (2002) for en omfattende fremstilling av illegitim gjeld

fanget er bredt. Doktrinen om odiøs gjeld kan være et grunnlag i folkeretten som kan omfatte noen typer illegitim gjeld.

1.2.2 Suksesjon

Man taler om statssuksesjon når en stat erstatter en annen stat og samtidig blir ansvarlig for dets utenrikspolitikk, for eksempel i kjølvannet av invasjon.¹² Staten som overtar kontrollen over territoriet kalles suksessorstat. Den tapende staten kalles forgjengerstat.¹³ Der den politiske endringen skjer innad i et territorium taler vi om regimesuksesjon, hvor partene er suksessorregimet og forgjengerregimet.¹⁴

1.3 Rettslig utgangspunkt

I denne delen vil jeg gi en introduksjon til det rettslige utgangspunktet for doktrinen om odiøs gjeld.

1.3.1 Anvendelse av internasjonale regler i nasjonal rett

Gjeldskontrakter er privatrettslige disposisjoner. Selv om stater er subjekter i folkeretten inngås gjeldskontrakter i kraft av deres private autonomi, og vil av den grunn i utgangspunktet være regulert av ordinær kontraktsrett. Dette ble lagt til grunn i *serbian loans case* hvor Permanent Court of International Justice uttalte at "any contract which is not a contract between states in their capacity as subjects of international law is based on the municipal law of some country".¹⁵

Doktrinen om odiøs gjeld er et folkerettsprinsipp. For at prinsippet skal kunne bli anvendt på en gjeldskontrakt må det undersøkes om internasjonal rett kan være en rettskilde når den aktuelle tvisten skal løses.

¹² O'Connell (1967) s. 3, Brownlie (2003) s. 621

¹³ O'Connell (1967) s. 8

¹⁴ Cheng (2007) s. 11

¹⁵ France v. Serb-Croat-Slovene State s. 41

Gjeldskontrakter inneholder ofte *choice of law*-klausuler, som lar partene fritt velge forum og rettskilder for kontrakten.¹⁶ Slike kontrakter inneholder ofte klausuler som slår fast hvilke domstoler som skal ha jurisdiksjon til å avgjøre krav vedrørende statslånet (ofte England, New York eller kreditors hjemland) og hvilket rettssystem som skal regulere kontrakten (som regel kreditors hjemland).¹⁷ Gjeldskontrakter mellom stat og verdensbanken inneholder ofte såkalte *de-nationalization*-klausuler, som innebærer at gjeldskontrakter skal reguleres av internasjonal rett.¹⁸

Dersom det eksplisitt fremgår av *choice of law*-klausulen at internasjonal rett skal være en rettskilde, i tillegg til nasjonal rett, vil doktrinen om odiøs gjeld kunne anvendes. Spørsmålet er mer uklart der kontrakten ikke inneholder noen henvisning til internasjonal rett. Hvorvidt doktrinen om odiøs gjeld får anvendelse vil bero på om det nasjonale rettssystemet anerkjenner internasjonal rett som en del av dets interne rett.¹⁹

Dommer Lauterpacht i International Court of Justice uttalte i sin dissens i saken om Certain Norwegian Loans at internasjonal rett spiller en viktig rolle i reguleringen av internasjonale kontrakter.²⁰ Utgangspunktet er at internasjonal rett ikke regulerer kontrakten, men det er ikke utelukket av internasjonal lov kan få anvendelse. Internasjonal rett er ansett som rettskilde i de fleste rettssystemer. Eksempelvis er internasjonal sedvanerett ansett som en retts-

¹⁶ Cordero-Moss (2010) s. 276-277

¹⁷ Khalfan (2003) s. 67-68 og 70-71, Howse (2007) s. 6

¹⁸ Giroud (2009) s. 99

¹⁹ Michalowski (2007) s. 185

²⁰ France vs. Norway s. 37

kilde i amerikansk rett.²¹ Det samme gjelder britisk rett, så lenge internasjonal rett ikke strider mot parlaments-vedtak eller fast rettspraksis.²²

I monoistiske rettssystemer vil folkerett kunne anvendes som rettskilde på lik linje med nasjonal lovgivning. Norsk rett bygger på det dualistiske rettsprinsippet, som innebærer at folkerett kun kan anvendes som rettskilde i den grad den er gjennomført som en del av norsk rett. Norsk rett presumeres imidlertid å være i overensstemmelse med folkeretten gjennom presumsjonsprinsippet. Dette innebærer at norsk rett må tolkes slik at man unngår motstrid med folkeretten, med mindre den norske regelen bevisst strider mot folkeretten.²³

1.3.2 Utgangspunktet i suksesjonslæren: kontinuitetsregelen

Statssuksesjonslæren regulerer konsekvensene av stats- og regimesuksesjon. Reglene har vært gjenstand for mye debatt. Siden 1700-tallet har statspraksis skiftet mellom to hovedretninger. *Clean slate*-teorien innebærer at suksessorstaten starter med blanke ark og står fritt til å velge hvilke av forgjengerens retter og plikter de ønsker å overta. Kontinuitets-teorien innebærer at suksessorstaten overtar alle rettighetene og forpliktelsene fra forgjengerstaten.²⁴

Konsekvensene av stats- og myndighetssuksesjon er langt ifra et avgjort spørsmål.²⁵ Brownlie viser til ukonsistent statspraksis, mens Shaw trekker frem det faktum at de fleste historiske eksemplene på statssuksesjon har blitt løst gjennom særegne avtaler og ikke ut ifra generelle prinsipper.²⁶

²¹ Khalfan (2003) s. 72

²² Khalfan (2003) s. 72

²³ Dette synspunktet kom til uttrykk blant annet i Rt. 1997 s. 580

²⁴ Se O'Connell (1967) s. 9-17 for en grundig fremstilling av de to hovedteoriene

²⁵ Se blant annet Brownlie (2003) s. 622, Shaw (2003) s. 863 og King (2007) s. 610

²⁶ Brownlie (2003) s. 622, Shaw (2003) s. 862

Utgangspunktet i dag er likevel at den nye staten eller regimet arver forgjengerens forpliktelser. Denne løsningen gir god forutberegnelighet og hindrer at det oppstår et vakum som vil ramme alle kontraktspartene til forgjengerstaten.²⁷ Kontinuitetsregelen har også omfattende støtte i teorien.²⁸ Dette er også en forutsetning for at doktrinen om odiøs gjeld skal eksistere, ettersom doktrinen er en unntaksregel fra kontinuitetsregelen.

1.3.3 Den juridiske doktrinen om odiøs gjeld

Doktrinen om odiøs gjeld er en unntaksregel fra utgangspunktet i statssuksesjonslæren om at en suksessorstat eller –regime arver forgjengerens forpliktelser. Når en statsgjeld oppfyller visse vilkår innebærer doktrinen at suksessorstaten ikke skal bli ansvarlig for betaling av denne statsgjelden, men at forgjengerstaten fremdeles skal holdes ansvarlig for denne. Vurderingen om en gjeld er odiøs gjøres *ex post*. Dette innebærer at doktrinen kun kan anvendes etter at debitor og kreditor har inngått en låneavtale.

Det er mer enn 85 år siden doktrinen ble lansert av A.N.Sack, basert på en håndfull eksempler av statspraksis fra suksesjonslæren rundt århundreskiftet.²⁹ Doktrinen har senere blitt både videreutviklet og kritisert, og de mest betydningsfulle bidragene finnes hos Feilchenfeld, O'Connell, Bedjaoui, Khalfan, Paulus og Menon.³⁰

Det finnes to tilnærminger til teorien om odiøs gjeld. Den originale teorien slik den ble lansert av Sack er en ren vilkårs-teori, hvor enhver statsgjeld som oppfyller vilkårene vil bli ansett som odiøs. Andre forfattere, slik som O'Connell og Menon, undersøker om det fin-

²⁷ O'Connell (1967) s. 32-33

²⁸ Se O'Connell (1967) s. 34, Adams (1991) s. 165, Howse (2007) s. 4, King (2007) s. 610-615, Buchheit (2007) s. 1203, Bonilla (2011) s. 4

²⁹ Sack (1927)

³⁰ Feilchenfeld (1931), O'Connell (1967), Bedjaoui (1977), Khalfan (2007), Paulus (2008) og Menon (1991)

nes typetilfeller av gjeld som ikke skal være gjenstand for kontinuitet ved suksesjon, og oppstiller vilkår som må være oppfylt for at en statsgjeld skal omfattes av typetilfellene.

2 Teorier om odiøs gjeld

Formålet med dette kapitlet er å redegjøre for ulike forfatteres syn på innholdet i doktrinen om odiøs gjeld og hvordan denne kan anvendes ved statssuksesjon. Jeg skal presentere syv ulike teorier og vil drøfte de ulike elementene i hver teori. Til slutt skal jeg redegjøre for forskjellene og likhetene blant teoriene.

2.1 A.N.Sack

A.N.Sack var en russisk advokat og statsråd under Tsar-styret, som flyktet til Paris hvor han ble professor i rettsvitenskap. Med sine erfaringer fra den russiske revolusjonen skrev han flere innflytelsesrike verk om statssuksesjonsinstituttet. Han var den første til å omtale noen gjeldtyper som odiøse, og har siden blir ansett som doktrinenes far.³¹

Sack bidro til doktrinen ved å sammenfatte typetilfellene av odiøs gjeld som var lansert i eldre teori og fra statspraksis, og utarbeidet på bakgrunn av disse kildene et sett vilkår for at statslån skal kategoriseres som odiøs.³² Sack hentet inspirasjon fra flere hold. Av statspraksis var både hendelsen mellom Spania og USA vedrørende gjelden etter Cuba og krigen mellom England og Boerrepublikken med på å forme doktrinen.³³ Begge disse hendelsene skjedde få tiår før Sack lanserte doktrinen. En viktig inspirasjonskilde var også den franske forfatteren Jezes begrep fra 1922 om regimegjeld – gjeld stiftet i fredstid for å sikre makten over et nylig okkupert territorium.³⁴ Sacks formulering anses i dag som definisjonen på odiøs gjeld.³⁵

³¹ Khalfan (2003) s. 13-14

³² Gelpert (2005) s. 403

³³ King (2007) s. 623

³⁴ King (2007) s. 623

Vilkårene er kumulative, noe som tilsier at Sack anså doktrinen om odiøs gjeld som en snever unntaksregel: hovedregelen skal være at suksessorstaten arver forgjengerstatens forpliktelser i tråd med kontinuitetsregelen. Unntak fra dette utgangspunktet skal kun skje der det aktuelle statslånet oppfyller vilkårene og dermed anses som odiøs.

Sack slår fast at en odiøs gjeldskontrakt ikke skal være bindende for suksessorstaten, men at kreditor kan inndrive gjelden fra forgjengerstaten dersom det er mulig.³⁶ Dersom forgjengerstaten ikke lenger eksisterer eller dersom den forrige statslederen er drept eller gått i skjul må de utestående midlene anses som tapt for kreditor.

2.1.1 Gjeld stiftet av en despot

Det første vilkåret for at et statslån skal anses som odiøs er at lånekontrakten er stiftet av en despotisk makt, slik Sack beskriver som *”un pouvoir despotique contracte une dette”*.³⁷ Dette innebærer en snever unntaksregel som rammet regimer hvor en statsleder disponerer over statens verdier uten at befolkningen har mulighet til å holde regimet ansvarlig for sine handlinger. Hvorvidt vilkåret er oppfylt må bero på en analyse av om regimet som har stiftet den aktuelle statsgjelden er et despoti. Typiske trekk ved et despoti er at statslederen er en eneveldig hersker som styrer i sin egen interesse, som regel uten legitimitet hos folket.³⁸

I sin grundige analyse av doktrinen hevder Khalfan at Sacks intensjon var at det ikke skulle være avgjørende hvordan statslederen tok makten, men om befolkningen hadde fått mulighet til å påvirke låneopptagelsesprosessen og samtykket i at statslånet ble stiftet.³⁹ En slik forståelse stemmer dårlig med Sack sitt utgangspunkt. Der Sack oppstiller et konkret vilkår

³⁵ Stephan (2007) s. 220

³⁶ Sack (1927) s. 157

³⁷ Sack (1927) s. 157. Oversatt til norsk: ”en despotisk makt påtar seg en gjeld”

³⁸ Store Norske Leksikon (2009)

³⁹ Khalfan (2003) s. 15

som begrenser doktrinen anvendelsesområde til despotier, innebærer Khalfan sin tolkning en kraftig utvidelse av vilkåret. Selv perfekte demokratier vil ha problemer med å ikke bli omfattet av vilkåret slik det blir tolket av Khalfan, ettersom det nesten aldri forekommer at en befolkning får delta i hver enkelt låneopptaksprosess. Det vil også være vanskelig å gjennomføre en slik regel i praksis, da det er vanskelig å måle om en såpass uklar standard som ”befolkningens samtykke” er oppfylt.

Samtidig er det også utfordringer med Sack sitt vilkår. Hvordan skal man avgjøre hva som innebærer et despotisk regime? Vilkalet passet godt på de klassiske diktaturene. I moderne tid finnes det imidlertid få rene despoti, men heller en rekke styresett som har despotiske trekk. En god løsning kan derfor være å ikke begrense doktrinen til kun å gjelde de klassiske despotiske regimene, men heller la vilkåret være oppfylt når gjeld er stiftet av regimer som har typiske despotiske trekk. Ut ifra Sacks originale tekst er det imidlertid ingen forhold som taler for at vilkåret skal tolkes til å inneholde noe annet enn Sack sin originale definisjon: gjeld stiftet av en despot.

2.1.2 Strid med befolkningens interesser og behov

Det andre vilkåret for at en gjeldspost skal anses som odiøs er ifølge Sack at gjelden er tatt opp med et formål som er “non pas pur[sic] les besoins et dans les intérêts de l’État”.⁴⁰ Vilkalet innebærer en to-trinns-vurdering, både formålet med statslånet og den faktiske anvendelsen av lånemidlene må være i strid med befolkningens interesser og behov. Dette vilkåret anses som kjernen i doktrinen om odiøs gjeld.⁴¹

2.1.2.1 Moment 1: lånemidlene er ment til formål som er i strid med befolkningens interesse og behov

Det første momentet i vilkåret er at låneopptagerens intensjon har vært å oppfylle et formål som er i strid med befolkningens interesser og behov. Dette beror på en konkret vurdering

⁴⁰ Sack (1927) s. 157. Oversatt til norsk: ”ikke i behov eller interesser for befolkningen”.

⁴¹ Khalfan (2003) s.15

av det enkelte lånetilfellet hvor det må undersøkes hva formålet med statslånet var. Noen typetilfeller vil helt klart oppfylle momentet, ifølge Sack som skriver at lånemidler som stiftes for å styrke det despotiske regimet eller som brukes på å slå ned på et opprør vil oppfylle vilkåret.⁴² Khalfan peker på at også lån som skal gå til statslederens personlige forbruk og til infrastruktur som kun kommer en begrenset del av befolkningen til gode vil oppfylle vilkåret.⁴³ Vurderingen er vanskeligere når statslånets formål er uklart eller ukjent. Khalfan mener det må legges til grunn at formålet er i strid med befolkningens interesse dersom låneopptager er et despoti eller et semi-despoti.⁴⁴ Kreditor vil i slike situasjoner ha bevisbyrden for vise at det motsatte er tilfellet. Videre skal man anta at statslånet er i befolkningens interesser når låneopptager er et demokratisk eller semi-demokratisk regime.⁴⁵ Suksessorstaten har i slike tilfeller bevisbyrden for at den demokratisk valgte forgjengerstaten tok opp lån i strid med befolkningens interesser.⁴⁶

2.1.2.2 Moment 2: lånemidlene er benyttet i strid med befolkningens interesser og behov
Den andre delen av vilkåret gjelder det faktiske resultatet av låneopptaket. Sack slår fast at doktrinen kun omfatter tilfeller hvor lånemidlene faktisk er benyttet i strid med befolkningens interesse og behov.⁴⁷ Motsatt vil vilkåret ikke være oppfylt dersom det viser seg at pengene har kommet befolkningen til gode likevel, til tross for at midlene i utgangspunktet var tatt opp for å finansiere en handling som var ment å stride mot befolkningens interesser og behov. Når man skal vurdere om dette momentet er oppfylt må man identifisere hva midlene fra statslånet har blitt brukt på og hvor stor andel av dette som strider mot befolkningens interesse. Hensynet bak momentet er at suksessorstaten ikke skal få ubegrunnede fortjenester ved å anvende doktrinen på lånemidler som faktisk kom befolkningen til gode.

⁴² Sack (1927) s. 157

⁴³ Khalfan (2003) s. 43. Se også *Great Britain v. Costa Rica*, omtalt i kapittel 3.2.

⁴⁴ Khalfan (2003) s. 44

⁴⁵ Khalfan (2003) s. 44

⁴⁶ Sack (1927) s. 163

⁴⁷ Sack (1927) s. 157

Et eksempel i denne sammenheng er gjelden som Østerrike stiftet før de ble innlemmet i det tredje rike i 1938, hvor formålet med gjeldsmidlene var å hindre union med Tyskland.⁴⁸ Tyskland som suksessorstat hevdet seg ubundet av gjelden Østerrike hadde stiftet og hevdet at låneformålet ikke var i befolkningens interesse. Selv om man skulle lagt Tyskland sin påstand til grunn ville det likevel ikke vært grunn til å klassifisere gjelden som odiøs: ved nærmere undersøkelser ble det vist at store deler av gjelden ikke ble brukt på å hindre allianse med Tyskland, men på å kjøpe mat til befolkningen. Gjelden oppfyller dermed kun ett av de to momentene i vilkåret: gjelden var i utgangspunktet tatt opp mot befolkningens interesse, men vilkåret er likevel ikke oppfylt fordi midlene faktisk kom befolkningen til gode.

De to momentene i vilkåret er i utgangspunktet kumulative. I en situasjon der et lån var stiftet for å gjennomføre et prosjekt som ville kommet befolkningen til gunst, vil vilkåret likevel anses oppfylt dersom det viser seg at lånemidlene faktisk ble brukt på formål i strid med befolkningens interesse, altså der kun moment nummer to er oppfylt. Dette må ses i sammenheng med doktrinens formål, som er å ramme lån som viser seg å være skadelige for befolkningen.

2.1.2.3 Statslån uten særskilt formål

En utfordring oppstår når midlene fra statslånet har blitt slått sammen med en stats ordinære midler, altså der lånemidlene ikke er øremerket et spesielt formål. Der det i landets statsbudsjett ikke er spesifisert hva det aktuelle statslånet skal benyttes til vil det i praksis være vanskelig å avgjøre om statslånet har vært anvendt i befolkningens interesse, f.eks. gjennom finansiering av skolesystemet, eller ikke, slik som finansiering av undertrykkende statsinstitusjoner. Et annet moment er at lånemidler brukt på skoletjenester vil frigjøre ordinære budsjettmidler som da kan brukes på andre budsjettposter som potensielt kan stride mot befolkningens interesser og behov.

⁴⁸ Faktum er hentet fra Khalfan (2003) s. 28

Khalfan hevder at noen situasjoner tilsier at et lån må anses som odiøst i sin helhet, selv om deler av midlene er anvendt i befolkningens interesse.⁴⁹ Dette gjelder situasjoner der undertrykkende regimer tar opp lån. Selv om deler av disse lånene kommer befolkningen til gode, for eksempel ved at befolkningen får tilgang til ny infrastruktur, har likevel kreditor valgt å støtte et undertrykkende diktatur. I slike situasjoner vil hensynet til befolkningen i suksessorstaten veie tyngre enn hensynet til kreditor som har handlet i ond tro.

2.1.2.4 Hvor stor del av statslånet må anvendes i strid med befolkningens interesse og behov for at vilkåret skal bli oppfylt?

Det er klart at vilkåret vil være oppfylt der alle gjeldsmidlene har blitt benyttet på formål i strid med befolkningens interesser, men situasjonen er uklar når dette kun gjelder deler av midlene. Prinsippet om ubegrunnet berikelse for suksessor taler for at kun de delene av statslånet som ble anvendt i strid med befolkningens interesser skal være gjenstand for unntak fra kontinuitetsregelen. En slik løsning harmoniserer godt med Sack sin intensjon, nå han skriver at gjeld kan anses som odiøs kun i den grad de faktisk har blitt brukt på odiøse formål.⁵⁰

I rettsteorien har det blitt hevdet at doktrinen ikke kan anvendes på tilfeller der kun deler av et statslån blir ansett som odiøst.⁵¹ Dette er nok en unødvendig streng forståelse av Sack sitt vilkår. I de tilfeller der det vil være mulig å identifisere hvor de ulike midlene fra et statslån har blitt benyttet vil løsningen være at de delene av statslånet som kvalifiserer som odiøse vil bli unntatt fra kontinuitetsregelen ved suksesjon.

⁴⁹ Khalfan (2003) s. 45

⁵⁰ Sack (1927) s. 157

⁵¹ Buchheit (2007) s. 1219

2.1.3 Kreditors kunnskap om formålet med statslånet

Sack mener at doktrinen kun omfatter situasjoner hvor kreditor har kunnskap om statslånets formål. Dette følger av teksten ”*au su des creanciers*”⁵², altså det kreditorene *vet*, og innebærer et krav om subjektiv ond tro på kreditors side. En kreditor som låner ut penger med kunnskap om at lånemidlene skal brukes mot befolkningens interesser begår en fiendtlig handling mot denne befolkningen, ifølge Sack, og har derfor ikke rett til å bli beskyttet i en suksessjonssituasjon, i motsetning til godtroende kreditorer.⁵³ Situasjoner der kreditor ikke hadde kjennskap til formålet vil ikke omfattes av doktrinen.

Hvorvidt kreditor har kunnskap om at formålet er i strid med befolkningens interesser er et bevissspørsmål, og vil bero på en konkret vurdering av den enkelte sak. Typiske momenter vil være om formålet fremgår av lånekontrakten, i hvilken grad kreditor deltar i planleggingen av statslånet og utformingen av prosjektet, om det er alminnelig kjent at regimet bryter menneskerettigheter eller fører en fiendtlig politikk mot befolkningen og om låneopptager er i opptakten til eller involvert i krig.

2.2 O’Connell

O’Connell ga i 1967 ut et grundig verk om statssuksesjon. Han bidro til doktrinen ved å klassifisere ulike typetilfeller av odiøs gjeld, et arbeid som har hatt stor innflytelse på senere litteratur.⁵⁴

O’Connell lanserer sin teori om odiøs gjeld basert på doktrinen om *acquired rights*. En *acquired right* er ulike typer rettigheter en stat, privat person eller en juridisk person kan ha i kraft av sin private autonomi: typisk rettigheter som følger av eierskap, krav man har mot

⁵² Sack (1927) s. 157. Oversatt til norsk: ”i kreditors viten”

⁵³ Sack (1927) s. 157

⁵⁴ Bonilla (2011) s. 4. Khalfan (2003) legger O’Connell til grunn når han behandler typetilfeller av odiøs gjeld.

andre personer og mot staten.⁵⁵ Ved suksesjon er utgangspunktet i doktrinen at suksessorstaten må respektere og oppfylle alle *acquired rights* som andre personer og stater har mot forgjengerstaten.⁵⁶

O'Connell undersøker deretter om det er noen typer *acquired rights* som ikke skal følge hovedregelen.⁵⁷ Han slår fast at det skal gjøre unntak fra hovedregelen for odiøse gjeldskontrakter, og viser til at en kreditors rett til oppfyllelse av en gjeldskontrakt i slike tilfeller ikke skal bli beskyttet av internasjonal rett. Det er kun der gjelden er anvendt i tråd med befolkningens interesser og behov at kreditors rett til beskyttelse foreligger.⁵⁸ Det er ikke alle gjeldsposter som skal anses som odiøse, ifølge O'Connell som slår fast at unntaket kun gjelder typetilfellene krigsgjeld og fiendtlig gjeld.⁵⁹

2.2.1 Krigsgjeld

O'Connell mener at krigsgjeld skal anses som odiøs gjeld.⁶⁰ Han definerer krigsgjeld som gjeld som stiftes i opptakten til eller under en konflikt, for å finansiere krigføring, av den tapende staten i konflikten. Definisjonen har blitt lagt til grunn av flere forfattere.⁶¹ Krigsgjeld skiller seg fra den ordinære doktrinen om odiøs gjeld ved at det stilles andre typer vilkår for at gjelden skal kvalifisere som odiøs.

O'Connell trekker frem Boerkrigen og fredsforhandlingene i kjølvannet av andre verdenskrig som eksempler på situasjoner der det er gjort unntak fra hovedregelen om å anerkjenne

⁵⁵ O'Connell (1967) s. 237

⁵⁶ O'Connell (1967) s. 237-9

⁵⁷ O'Connell (1967) s. 459

⁵⁸ O'Connell (1967) s. 459, Ochoa (2008) s. 113

⁵⁹ O'Connell (1967) s. 459, Ochoa (2008) s. 113

⁶⁰ O'Connell (1967) s. 461

⁶¹ Se Bedjaoui (1977) s. 70, Khalfan (2003) s. 2, Ochoa (2008) s. 113

acquired rights ved suksesjon.⁶² Krigsgjeld kom på dagsorden da Storbritannia annekterte Oranje- og Nederlandene i 1900. Etter annekstjonen hevdet Storbritannia seg ubundet av gjeld som var tatt opp av Oranje- og Nederlandene. Begrunnelsen var at gjelden var stiftet for å finansiere motstanden mot okkupasjonsmakten.⁶³ Også i fredsforhandlingene i Europa etter første verdenskrig er det bevis på at det har blitt gjort unntak fra kontinuitetsregelen når statslånet er stiftet av en tapende stat for å finansiere krigføring. I Versailles-traktaten ble Ungarn og Tyskland pålagt å bære gjeldsforpliktelsene de hadde stiftet under krigen.⁶⁴

O'Connell har tre vilkår for at en gjeldspost skal anses som krigsgjeld.⁶⁵ Kjernevilkåret er at formålet med gjelden må være å finansiere krigshandlinger. Videre er det et vilkår at gjelden er stiftet under en pågående krigshandling eller for å finansiere en krigshandling som straks skal settes i gang. Generell opprustning og kostnadene knyttet til å ha et militært forsvar vil ikke bli ansett som krigsgjeld, med mindre opprustningen er knyttet til en konkret krigshandling. Det siste vilkåret er at den aktuelle gjeldsposten må være stiftet av den tapende staten i en konflikt. Ifølge kontinuitetsregelen vil den vinnende staten i utgangspunktet overta den tapende statens rettigheter og plikter. Vilkårene for krigsgjeld skal derimot sikre at befolkningen i den seirende staten ikke overtar betalingsforpliktelsen for gjeld stiftet av den tapende staten for å føre krig mot dem.

2.2.2 Fiendtlig gjeld⁶⁶

Fiendtlig gjeld har som formål å styrke despoten sin stilling i riket, ofte gjennom undertrykkelse av befolkningen. Det er ifølge O'Connell to vilkår som må være oppfylt for at en

⁶² O'Connell (1967) s. 461-462

⁶³ O'Connell (1967) s. 461. Se også om hendelsen i kapittel 3.2.

⁶⁴ O'Connell (1967) s. 462

⁶⁵ O'Connell (1967) s. 461

⁶⁶ Det engelske begrepet er "hostile debt", se O'Connell (1967) s. 459. Noen forfattere kaller dette typetilfellet for "subjugation debt", se bl.a. Bedjaoui (1977) s. 72, Bonilla (2011) s. 6 og Nehru (2008) s. 6

gjeld skal klassifiseres som fiendtlig: gjelden må være stiftet uten befolkningens samtykke og benyttet på formål som er i strid med befolkningens reelle interesser.⁶⁷ O'Connell stiller ikke krav til at kreditor må ha kunnskap om handlingen.

O'Connell sitt vilkår om lånemidlenes anvendelse har en annen ordlyd enn Sack sin formulering. Spørsmålet er om innholdet likevel er det samme. Når Sack skriver at lån ikke må stride mot en stats behov og interesser, er O'Connells vilkår at statslånet ikke må være benyttet til formål i strid med befolkningens reelle interesser.⁶⁸ Basert på en ren ordlydsvurdering er vilkårene relativt like: begge taler om lån som strider mot befolkningens interesser. Samtidig gir ordlyden i O'Connells vilkår en pekepinn på at han setter standarden høyere: det er ikke nok at bare befolkningens ordinære interesser krenkes, interessen må være reell, jf. forrige avsnitt. Når man leser O'Connells vilkår i sammenheng med eksemplene på fiendtlig gjeld han viser til, er det derimot lite som taler for at terskelen skal være høyere enn Sack sitt vilkår. Både når han vurderer Cuba-gjelden og den polske gjelden i Versailles-trakteten legger han til grunn at testen på om et lån er odiøst er hvorvidt det er "unbeneficial to the population of the territory it burdens"⁶⁹, og han referer aldri til at en høyere standard av interesser må være krenket.⁷⁰

Det er dermed lite som tilsier at det skal være en forskjell mellom Sack og O'Connell i vurderingen om hvorvidt det foreligger fravær av berikelse for befolkningen. Jeg legger dette til grunn for resten av oppgaven.

2.3 Feilchenfeld

Feilchenfeld skrev et innflytelsesrikt verk om statssuksesjon bare få år etter at Sack lanserte sitt hovedverk om samme tema. I likhet med Sack skriver Feilchenfeld om utfordringene

⁶⁷ O'Connell (1967) s. 459: "contrary to its true interests"

⁶⁸ O'Connell (1967) s. 459. Om Sack, se ovenfor.

⁶⁹ O'Connell (1967) s. 460

⁷⁰ Se kapittel 3.1 for faktum og analyse av Cuba-gjelden.

knyttet til suksesjon av statslån, men der Sack lanserer en doktrine om odiøs gjeld er Feilchenfeld mer nøktern i sin fremstilling av det han mener er en problemstilling for etikkvitenskapen fremfor jussen.

2.3.1 Etikk og rettferdighet, ikke juss.

Feilchenfeld sitt utgangspunkt er at en gjeldskontrakts lovlighet kun beror på rettssystemet den reguleres av, slik at en gjeldskontrakt kun kan anses som urettmessig dersom dette følger av positiv rett.⁷¹ Han mener at det ikke finnes noen doktrine om odiøs gjeld i internasjonal rett⁷², og at de eksemplene man har sett på en slik teori i statspraksis hvor gjeldsposter har blitt erklært urettmessige på grunn av manglende samtykke og berikelse er uttrykk for etiske vurderinger snarere enn juridiske prinsipper.⁷³ Dette danner grunnlaget for Feilchenfelds innfallsvinkel til problemet knyttet til urettmessige gjeldskontrakter. Han hevder at man i stedet for å vurdere en kontrakts lovlighet, kan vurdere dens rettferdighet, og bruke resultatet av vurderingen som utgangspunkt for å vurdere om de eksisterende rettsreglene er gode nok eller om de bør endres.⁷⁴

Feilchenfeld skriver ikke om rettsvirkningene av at en gjeld anses som urettferdig. Men når han skriver at teorien ikke har grunnlag i internasjonal eller nasjonal rett, men er basert på rettferdighet og etikk vil en naturlig slutning være at det å kategorisere en gjeldspost som urettferdig ikke vil ha noen innflytelse på dens juridiske status. Kreditor vil være moralsk forpliktet til å frigi suksessor fra gjeldsforpliktelsen, men han vil ikke ha noen juridisk forpliktelse til dette.

⁷¹ Feilchenfeld (1931) s. 701

⁷² Feilchenfeld (1931) s. 715

⁷³ Feilchenfeld (1931) s. 312 og 340

⁷⁴ Feilchenfeld (1931) s. 701: "It is possible (...) to investigate the justice of a debt independently from its legality".

2.3.2 Teori om urettferdig gjeld. Vilkår.

Selv om Feilchenfeld mener at det i internasjonal rett ikke eksisterer noen doktrine om odiøs gjeld redegjør han likevel for hvordan en eventuell doktrine skulle anvendes dersom den hadde blitt anerkjent i internasjonal rett. Han bruker aldri ordene ”odiøs gjeld”, men viser i stedet til tre vilkår som skal vurderes for at en gjeld skal kvalifisere som urettferdig: fravær av samtykke, fravær av berikelse og kreditors kunnskap.⁷⁵

Feilchenfeld mente, i motsetning til Sack, at en eventuell doktrine ikke skulle være begrenset til despotiske regimer.⁷⁶ Han skriver at det skal stilles et vilkår om fravær av samtykke, og han viser til at dette er oppfylt når en gjeld har blitt stiftet uten at befolkningen har samtykket i dette. Med et slikt vilkår oppstår samme utfordring som med Khalfan sin tolkning av Sack sitt vilkår om fravær av samtykke, jf. drøftelsen i 2.1.1.

Fravær av samtykke kan måles ved å observere befolkningens holdninger mot statslånet, mener Feilchenfeld og viser at et typetilfelle som tilsier at det er stor strid mellom befolkningens interesser og statslånets formål er når befolkningen ytrer seg mot statslånet gjennom deltagelse i den offentlige debatten, f.eks. gjennom leserbrev og offentlige ytringer.⁷⁷ Dette virker som en lite praktisk løsning for å undersøke om befolkningen samtykker i låneopptaket. Leserbrev og lignende vil bare representere en marginal del av befolkningen. Mer praktisk er det når Feilchenfeld skriver at også gjeld som er påtvunget befolkningen skal omfattes av vilkåret.⁷⁸ Slike tilfeller kan omfatte situasjoner der en kolonimakt stifter gjeld som kolonien må bære etter frigjøringen.

⁷⁵ Feilchenfeld (1931) s. 714

⁷⁶ Feilchenfeld (1931) s. 703

⁷⁷ Feilchenfeld (1931) s. 703

⁷⁸ Feilchenfeld (1931) s. 702

Det neste vilkåret er at det foreligger ”absence of benefit”.⁷⁹ Der Sack krever at et statslån ikke må stride mot befolkningens interesser, mener Feilchenfeld at en eventuell doktrine om odiøs gjeld skal være oppfylt når befolkningen ikke blir beriket av lånemidlene.

Feilchenfeld er nøktern i sin fremstilling av hva som skal til for å kvalifisere som fravær av berikelse for befolkningen. Han viser til enkelte typetilfeller der fravær av berikelse vil være klart, blant annet lån der kompensasjonen benyttet på statsledelsens ”private enrichment” og ikke på allment tilgjengelige formål.⁸⁰ Han peker også på at vilkåret normalt vil være oppfylt der statslånet kun kommer en marginal del av befolkningen til gode. Disse eksemplene kan tyde på at forskjellen fra Sacks vilkår om at lånemidlene ikke må anvendes i strid med befolkningens interesser ikke er så stor. Det er vanskelig å tenke seg en situasjon der lånemidler er anvendt i strid med befolkningens interesser uten at Feilchenfeld sitt vilkår om fravær av berikelse ikke er oppfylt.

Feilchenfeld mener at den største utfordringen med en eventuell unntaksregel for odiøs gjeld er å avgjøre om lånemidlene har ført til berikelse for befolkningen. Vilkaåret er unøyaktig og det kan være vanskelig å anvende det i praksis.⁸¹

Feilchenfeldt hevder videre at en gjeld er urettferdig med mindre kreditor er ”in no way responsible”⁸² i prosessen. Dette innebærer et uaktsomhetskrav, slik at doktrinen ikke kan anvendes på lånesituasjoner der kreditor har handlet aktsomt. En kreditor som kjenner til at statslånet er stiftet uten befolkningens samtykke eller der det foreligger forhold som tilsier at kreditor burde skaffet seg slik kunnskap kan ikke anses å ha handlet aktsomt. Det samme gjelder en kreditor som vet eller burde vite om at lånemidlene skal benyttes på formål som strider mot befolkningens interesser.

⁷⁹ Feilchenfeld (1931) s. 705

⁸⁰ Feilchenfeld (1931) s. 710

⁸¹ Feilchenfeld (1931) s. 710

⁸² Feilchenfeld (1931) s. 714

2.3.3 Feilchenfeld sin kritikk av en generell unntaksregel for krigsgjeld

Feilchenfeld var kritisk til at krigsgjeld skulle være unntatt reglene om kontinuitet i suksjonslæren.⁸³ Han hevdet at det ikke var sammenheng mellom argumentet for unntaket og resultatene av unntaksregelen. Tilhengere av en generell unntaksregel for krigsgjeld hevdet at det vil gjøre det mindre attraktivt å gå til krig, men Feilchenfeld peker på at dette ikke gir noen preventiv effekt fordi regelen kun rammer den tapende staten.⁸⁴ Regelen kan tvert imot føre til mer krig, mente Feilchenfeld, fordi den angripende staten kan gå til krig uten å risikerer å bli sittende igjen med motstanderens gjeld dersom de skulle vinne.

Det er også uheldig at den generelle unntaksregelen anses som en rettsregel, mener Feilchenfeld, og viser til at de aller fleste kriger ikke er i strid med internasjonal rett.⁸⁵ Dette synspunktet er nok noe utdatert, da det under andre verdenskrig og særlig i Midtøsten og Afrika den siste halvdel av dette århundret har forekommet krigshandlinger som har vært i strid med internasjonal rett.

Feilchenfelds siste innvending er det ikke eksisterer noen argumenter av juridisk karakter for å opprettholde en generell unntaksregel om at den vinnende staten ikke skal holdes ansvarlig for den tapende statens gjeldsforpliktelser.⁸⁶ Krigsgjeld er av en annen karakter enn de tradisjonelle odiose gjeldspostene: gjelden har ikke blitt tvunget på suksessorstatens befolkning uten deres samtykke, tvert imot har suksessorstaten selv tatt et frivillig valg om å gå til krig. Tilhengere av en generell unntaksregel for krigsgjeld, slik som O'Connell, Bedjaoui og Menon, fremhever at klar statspraksis støtter at det må eksistere en generell unntaksregel fra kontinuitetsregelen for krigsgjeld.⁸⁷ Dette er nok en sannhet med modifi-

⁸³ Feilchenfeld (1931) s. 716

⁸⁴ Feilchenfeld (1931) s. 719

⁸⁵ Feilchenfeld (1931) s. 719

⁸⁶ Feilchenfeld (1931) s. 720

⁸⁷ O'Connell (1967) s. 461, Bedjaoui (1977) s. 68-69, King (2007) s. 650

kasjoner, da mye av statspraksisen rundt krigsgjeld kan ses som et utslag av at det er den vinnende parten som har diktert vilkårene for overdragelse av gjeld i de påfølgende fredsforhandlingene. Jeg diskuterer dette videre i kapittel 3.2 og 5.3.

2.4 Mohammed Bedjaoui

I 1967 fikk International Law Commission i oppdrag å utforme et forslag til en konvensjon om konsekvensene av statssuksesjon på andre områder enn traktater, basert på kodifikasjon av statspraksis. Arbeidet ble ledet av Mohammed Bedjaoui, tidligere dommer i ICJ.

Arbeidet resulterte i 1981 med et sett *draft articles* som ble oversendt FNs generalforsamling. FN arrangerte en arbeidskonferanse på temaet og vedtok 7. april 1983 Vienna Convention on the Succession of States in respect of State Property, Archives and Debts (heretter: konvensjonen). Konvensjonen har ikke trått i kraft, da den per 10. september 2012 kun hadde blitt ratifisert av 7 stater av totalt 15 som er nødvendig for ikrafttredelse.⁸⁸

En stor del av ILCs *draft articles on succession in respect of matters other than treaties* (heretter: *draft articles*) omhandler statsgjeld, og mye oppmerksomhet ble viet utfordringene knyttet til odiøs gjeld.⁸⁹

Etter en gjennomgang av typetilfellene krigsgjeld, undertrykkelsesgjeld og regimegjeld fra statspraksis konkluderer Bedjaoui med et forslag til en definisjon av odiøs gjeld som han mener er et uttrykk for en samlet statspraksis.⁹⁰ Han foreslår to ulike definisjoner av odiøs gjeld. Dersom en statsgjeld oppfyller en eller begge av definisjonene skal gjelden ikke være gjenstand for overføring fra forgjengerstaten til suksessorstaten.⁹¹ Dette innebærer et unntak fra kontinuitetsregelen.

⁸⁸ FNs traktatsamling (2012)

⁸⁹ Den niende rapporten som ble levert under arbeidet med *draft articles* drøfter i kapittel III spørsmålet om hvorvidt odiøs gjeld skal overføres til suksessorstaten eller ikke, se Bedjaoui (1977) s. 67 flg

⁹⁰ Bedjaoui (1977) s. 68

⁹¹ Bedjaoui (1977) s. 74

Da det endelige konvensjonsforslaget ble åpnet for ratifisering var artiklene om odiøs gjeld utelatt. Ifølge den trettende rapporten om *draft articles* ble utkastet til artikler om odiøs gjeld tatt ut av forslaget fordi spørsmålet ble regulert av de øvrige artiklene som regulerer ulike former for suksesjon.⁹² King tar dette utsagnet til inntekt for at doktrinen ikke ble avvist, og får støtte fra Michalowski.⁹³ Dette synet er nok ikke langt fra realiteten: selv om doktrinen ble utelatt fra det endelige konvensjonsforslaget var det mye positiv oppmerksomhet rundt formuleringene om odiøs gjeld⁹⁴, og Bedjaouis definisjon i *draft articles* har hatt stor innflytelse på senere teori.⁹⁵

Den endelige konvensjonen inneholder fremdeles spor av doktrinen om odiøs gjeld, da artikkel 33 slår fast at statsgjeld må være stiftet i samsvar med internasjonal rett.⁹⁶ Menon peker imidlertid på at den praktiske betydningen av artikkelen vil bli liten fordi den er begrenset til å omfatte bilaterale lån, og ikke lån mellom en stat og en privat part.⁹⁷

2.4.1 Formålet med gjeldsmidlene strider mot befolkningens vesentlige interesse

”All debts contracted by the predecessor State with a view to attaining objectives contrary to the major interests of the successor State or of the transferred territory”.⁹⁸

⁹² Bedjaoui (1981) s. 19

⁹³ King (2007) s. 639, Michalowski (2007) s. 45

⁹⁴ Bedjaoui (1981) s. 19-20

⁹⁵ Se Menon (1991) s. 162 og King (2007) s. 629. Paulus (2008) s. 408 hevder at det i moderne teori er flere forfattere som viser til Bedjaoui sin definisjon enn Sack sin definisjon.

⁹⁶ Konvensjonen art. 33

⁹⁷ Menon (1991) s. 164

⁹⁸ Bedjaoui (1977) s. 74

Den første kategorien av odiøs gjeld er ifølge Bedjaoui gjeld som stiftes hvor formålet strider mot befolkningens eller suksessorstatens vesentlige interesser.⁹⁹ Denne definisjonen er ment å omfatte typetilfellene krigsgjeld og fiendtlig gjeld.¹⁰⁰

Artikkel C(1)a stiller ingen krav til kunnskap om formålet hos kreditor. Definisjonen stiller videre ingen krav til at det må foreligge fravær av samtykke fra befolkningen i låneopptaket.

Sammenlignet med de øvrige teoriene er terskelen for å konstatere strid med befolkningens interesser høyere. Bedjaouis teori får kun anvendelse på situasjoner hvor befolkningens vesentlige interesser blir ”gravely or substantially injured”.¹⁰¹ Som et eksempel på et type-tilfelle hvor befolkningens interesser blir vesentlig krenket viser han til krigsgjeld.¹⁰²

2.4.2 Formålet med gjeldsmidlene strider mot internasjonal rett

”All debts contracted by the predecessor State with an aim and for a purpose not in conformity with international law and, in particular, the principles of international law embodies in the Charter of the United Nations”.¹⁰³

Bedjaoui sitt største bidrag til debatten om odiøs gjeld er at han foreslår en omfattende utvidelse av doktrinens anvendelsesområde. Han hevder at gjeldsposter som er stiftet for å oppfylle et formål som strider mot internasjonal rett, og særlig mot FN-pakten, skal anses som odiøse.

⁹⁹ Bedjaoui (1977) s. 68

¹⁰⁰ Se kapittel 2.2.1 om krigsgjeld og kapittel 2.2.2 om fiendtlig gjeld.

¹⁰¹ Bedjaoui (1977) s. 68

¹⁰² Bedjaoui (1977) s. 68

¹⁰³ Bedjaoui (1977) s. 74

Dette representerer en omfattende utvidelse av doktrinen om odiøs gjeld. For det første vil definisjonen innebære en generell unntaksregel for mange typetilfeller av gjeld som tidligere har falt utenfor doktrinen, slik som gjeld som tas opp for å finansiere folkemord, kolonisering og hindre retten til selvbestemmelse.¹⁰⁴ Regelen har et vidt anvendelsesområde da den gjelder handlinger som rammer egen befolkning, befolkningen i suksessorstaten og befolkningen i et tredjeland.

For det andre innebærer definisjonen at en suksessorstat kan hevde seg ubundet av gjeld som ikke er benyttet på formål i strid med befolkningens interesse, dersom midlene har blitt brukt i strid med internasjonal rett eller FN-paktens prinsipper, selv om suksessorstaten eller dens befolkning ikke ble krenket av disse handlingene.¹⁰⁵

Bedjaoui viser til en del typetilfeller av handlinger som strider mot internasjonal rett.¹⁰⁶ Lånemidler som skal brukes til å bryte en traktatforpliktelse skal alltid bli ansett som odiøse. Videre vil lån som stiftes for å kjøpe våpen bli ansett som odiøse, dersom våpnene benyttes til å begå folkemord, utføre rasediskriminering eller gjennomføre apartheid. Lån som bidrar til handlinger som frarøver en stat eller et folk dens selvbestemmelsesrett vil også bli ansett som odiøse. Også krigsgjeld, slik det ble definert ovenfor, vil bli ansett som odiøst. Til slutt viser Bedjaoui til at også gjeld som finansierer undertrykkende politikk overfor en befolkning skal anses som odiøse.

Eksemplene Bedjaoui viser til representerer grove brudd på internasjonal rett. Bedjaoui skriver ikke om hvor den nedre grensen for hvilke hendelser som omfattes skal gå. Men så lenge man tar utgangspunkt i traktatforslagets ordlyd vil det være tilstrekkelig å vurdere om formålet med det enkelte låneopptaket strider mot internasjonal rett.

¹⁰⁴ Bedjaoui (1977) s. 69

¹⁰⁵ Bedjaoui (1977) s. 69 ¶134

¹⁰⁶ Bedjaoui (1977) skriver om typetilfellene på s. 69 ¶133-135

2.5 Khalfan

Khalfan er leder av Center for International Sustainable Development Law som i 2003 gjennomførte en omfattende studie av doktrinen om odiøs gjeld. Studien tar utgangspunkt i Sack sin doktrine, men argumenterer for at doktrinen skal ha et større virkeområde enn det som var Sack sitt utgangspunkt.¹⁰⁷ Khalfan hevder, slik det ble vist i presentasjonen av Sack, at doktrinen ikke skal være begrenset til regimer, men at doktrinen skal kunne anvendes der befolkningen ikke har samtykket i låneopptaket. De uheldige aspektene ved et slikt vilkår ble diskutert i del 2.1.1.

Khalfan mener videre at det må gjøres unntak fra kontinuitetsregelen for et typetilfelle gjeld som han hevder har oppstått i moderne tid: gjeld stiftet av statsledere i utviklingsland som har blitt brukt i strid med befolkningens interesser.¹⁰⁸ Denne type gjeld faller utenfor O'Connell sine typetilfeller av krigsgjeld og fiendtlig gjeld. Det synes å være to vilkår for at denne typen av gjeld skal anses som odiøs: (1) gjelden er stiftet av et utviklingsland og at (2) befolkningen ikke har blitt beriket gjennom statslånet – av denne grunn er det urettferdig at befolkningen i en suksessorstat skal holdes forpliktet til å betale ned et lån som har blitt tvunget på dem.¹⁰⁹

Dette er ikke en god regel. For det første er definisjonen for vid. For det andre virker det tilfeldig at regelen skal omfatte kun utviklingsland. På denne måten blir det en politisk vurdering som skal hjelpe utviklingsland, og ikke en regel som skal kunne anvendes på gjeldskontrakter generelt. Med dette forslaget har Khalfan beveget seg langt vekk fra den originale tanken om at doktrinen om odiøs gjeld skulle være en snever unntaksregel fra kontinuitetsregelen.

¹⁰⁷ Khalfan (2003) s. 15-16

¹⁰⁸ Khalfan (2003) s. 2 og 19

¹⁰⁹ Khalfan (2003) s. 2

Paulus sin kommentar til Khalfan sin teori er at dette ikke kan anses som gjeldende rett, men at det trolig er et uttrykk for hvilke situasjoner NGO-er ønsker at doktrinen skal regu-
lere.¹¹⁰ Med unntak av Paulus synes det ikke som om rettsteorien har viet forslaget noe
oppmerksomhet, og det gjenstår å se om denne teorien kan få annerkjennelse utenfor NGO-
miljøet.

2.6 Paulus

Paulus er professor i juss ved Humboldt-Universität i Berlin og har blant annet jobbet som
rådgiver for det internasjonale pengefondet. Paulus sin versjon av doktrinen om odiøs gjeld
fremstår som en åpen norm: han oppstiller en skjønnsvurdering om hvorvidt gjelden skal
anses som odiøs eller ikke, der et utvalg faktorer (forhold på kreditor sin side, debtors
handlinger og intensjoner og forholdene i den konkrete saken) gir veiledning i prosessen.¹¹¹
Paulus tar utgangspunkt i Sack sin doktrine, men slår fast at det ikke skal være avgjørende
om de enkelte kriteriene er oppfylt eller ikke – resultatet beror på en helhetsvurdering av
situasjonen og i hvilken grad de ulike vilkårene er oppfylt eller delvis oppfylt.

Bakgrunnen bak Paulus sin doktrine er at han hevder det er vanskelig å identifisere innhol-
det i og rekkevidden av vilkårene i Sack sin definisjon, og viser til vilkåret om befolkning-
ens samtykke som et eksempel på doktrinens ”serious lack of precision”.¹¹²

2.7 P.K.Menon

Blant forfatterne som går lengst i å definere et utvidet anvendelsesområde for doktrinen om
odiøs gjeld er Menon. Menons utgangspunkt er i likhet med Sack og O’Connell at gjeld
som er stiftet mot befolkningens interesser skal anses som odiøs.¹¹³ På bakgrunn av dette
utleder han ved hjelp av statspraksis tre typetilfeller gjeld som skal være unntatt fra konti-
nuitetsregelen.

¹¹⁰ Paulus (2008) s. 410

¹¹¹ Paulus (2008) s. 412

¹¹² Paulus (2008) s. 412

¹¹³ Menon (1991) s. 161

For det første viser en rekke eksempler fra ulike fredstraktater i kjølvannet av første og andre verdenskrig at det må anses som fast statspraksis at en suksessorstat ikke skal holdes ansvarlig for gjeld forgjengerstaten tegnet for å føre krig.¹¹⁴

Menon hevder videre at også gjeld som er tatt opp for å finansiere undertrykkelse av en befolkning ikke skal være bindende for suksessorstaten, basert på statspraksis.¹¹⁵ Menon stiller ikke opp noen vilkår om befolkningens samtykke eller kunnskap hos kreditor, men viser til at en gjeld skal anses som fiendtlig når en stat bruker midlene til å slå ned på opprørsbevegelser og forsøk på å frigjøre landet og på å styrke det politiske grepet om territoriet.¹¹⁶

Odiøs gjeld, må ifølge Menon, også omfatte gjeld som er stiftet for å gjennomføre ”acts in violation of fundamental international law principles”.¹¹⁷ Selv om Menon skriver om fundamentale rettsprinsipper fra internasjonal rett må det likevel legges til grunn at dette type-tilfellet av odiøs gjeld omfatter samme typer hendelser som beskrevet under Bedjaoui, i del 2.4.2, der Menon viser til Bedjaoui sin definisjon når han identifiserer handlingene som typisk omfattes.¹¹⁸

2.8 Drøfting av de ulike teoriene

Formålet med denne delen er å drøfte likheter og ulikheter mellom de ulike teoriene.

¹¹⁴ Menon (1991) s. 162

¹¹⁵ Menon (1991) s. 162-163

¹¹⁶ Menon (1991) s. 162

¹¹⁷ Menon (1991) s. 163

¹¹⁸ Menon (1991) s. 163

2.8.1 Innholdet i doktrinen

Sack sin doktrine fremstår som en mer snever unntaksregel enn de øvrige teoriene. I fremstillingen ovenfor ble det vist at Sack sin doktrine er begrenset til statsgjeld stiftet av despoter. Ingen av de andre teoriene har et så snevert anvendelsesområde. O'Connell, Khalfan og Feilchenfeld har befolkningens samtykke som et absolutt vilkår for lovligheten av en gjeld, mens Paulus hevder at hvorvidt befolkningen har samtykket i det aktuelle låneopptaket eller ikke blir et moment i en helhetsvurdering. De negative aspektene ved en slik regel ble vist i del 2.1.1. Verken Bedjaoui eller Menon stiller krav til befolkningens samtykke.

Det samme gjelder vilkåret om kreditors kunnskap. Også her er Sack sin doktrine mer snever enn de øvrige teoriene. Det er kun Feilchenfeld og Sack som stiller et absolutt krav om at kreditor må ha hatt kunnskap om at formålet med statslånet var i strid med befolkningens interesser. I likhet med kravet om befolkningens samtykke vil kunnskap hos kreditor være et moment i helhetsvurderingen for Paulus.

Også innbyrdes mellom Feilchenfeld og Sack er det forskjell. Sack sin doktrine er begrenset til situasjoner der kreditor har faktisk kunnskap om formålet med statslånet. Feilchenfelds teori er kun begrenset til situasjoner der kreditor er helt uskyldig i prosessen.

De øvrige teoriene tar ikke hensyn til kreditors kunnskap ved vurderingen om en statsgjeld skal anses som odiøs.

Felles for teoriene er at et lån bare kvalifiserer som odiøst der formålet med gjelden og den faktiske anvendelsen av lånemidlene er i strid med befolkningens interesser. Unntaket er Bedjaoui, som i *draft article C(1)b* foreslår at også handlinger som rammer befolkningen i en tredjestat skal omfattes, så lenge handlingene strider mot internasjonal rett.

Bedjaoui sin definisjon i *draft article C(1)a* skiller seg også fra de øvrige teoriene. Der det for Sack, O'Connell, Feilchenfeld og Khalfan er et vilkår at statslånet må stride mot befolkningens interesser, krever Bedjaoui at formålet med lånemidlene må stride mot befolk-

ningens ”major interest”.¹¹⁹ Bedjaouis definisjon innebærer at terskelen for å konstantere fravær av berikelse skal være høyere.

Felles for alle teoriene, med unntak av Feilchenfeld, er også at rettsvirkningen av at en gjeld blir ansett som odiøs er at gjeldsposten blir unntatt fra kontinuitet ved suksesjon. Resultatet blir at suksessorstaten ikke vil være forpliktet til å betale tilbake statslånet, ansvaret vil fremdeles ligge på forgjengerstaten.

2.8.2 Anvendelse av doktrinen

I definisjonen av odiøs gjeld skriver Bedjaoui om ”debts contracted by predecessor state”.¹²⁰ Dette innebærer at gjeld stiftet av et forgjengerregime faller utenfor definisjonen. Bedjaoui hevder at regimesuksesjon er annerledes enn statssuksesjon fordi det dreier seg om nasjonale endringer innad i et territorium, og at dette ikke er et område for internasjonal rett å regulere.¹²¹

Sammenlignet med Sack, Feilchenfeld og O’Connells teorier om odiøs gjeld representerer denne begrensningen en kraftig innskrenkning av doktrinens anvendelsesområde. O’Connell peker på at både statssuksesjon og regimesuksesjon reiser de samme utfordringene og at det ofte er en tynn grense mellom hva som skal anses som regimesuksesjon og hva som skal anses som statssuksesjon.¹²² Det vil være tilfeldig og lite hensiktsmessig at gjeldskontraktene til en diktator som blir styrtet av egen befolkning skal behandles etter andre regler enn situasjonen som oppstår dersom diktatorens stat blir gjenstand for ordinær statssuksesjon, f.eks. ved at staten blir invadert. Å skille mellom stats- og regimesuksesjon var også en fremmed tanke for Feilchenfeld.¹²³

¹¹⁹ Bedjaoui (1977) s. 74

¹²⁰ Bedjaoui (1977) s. 74

¹²¹ Bedjaoui (1977) s. 56

¹²² O’Connell (1967) s. 7

¹²³ Feilchenfeld (1931) s. 716

Det er imidlertid en nedre grense for hvilke tilfeller av regimesuksesjon som omfattes. I statssuksesjon forsvinner skyldnerstatens juridiske identitet. Med dette som bakteppe slår O'Connell fast at mindre forandringer i en stats identitet ikke skal anses som suksesjon.¹²⁴ Momenter i vurderingen vil være hva slags endring staten har gjennomgått, om det nye regimet har laget ny grunnlov, om det nye regimet utøver politikk som er annerledes fra forgjengerstaten eller hvordan befolkningen opplever endringen. Der forgjengerstaten kan identifiseres med den etterfølgende staten foreligger det ikke tilstrekkelig endring til at det foreligger suksesjon. At teorien ikke kan anvendes på et sittende regime eller på ordinære regimeskifter, slik som ordinære demokratiske valg, er felles for alle teoriene.

2.8.3 Typetilfeller av gjeld

O'Connell, Bedjaoui og Menon hevder at det skal gjøres unntak fra kontinuitetsregelen ved suksesjon for krigsgjeld som typetilfelle, selv om statsgjelden ikke oppfyller de ordinære vilkårene for odiøs gjeld. Feilchenfeld støtter ikke teorien om at krigsgjeld skal være unntatt suksesjonsreglene, jf. del 2.3.3. Forfatterne oppstiller tre vilkår for krigsgjeld; formålet må være å finansiere krigshandlinger, relatert til en pågående eller nært forestående krigshandling og at gjelden er stiftet av den tapende konfliktparten. Når vilkårene er forskjellige fra den ordinære doktrinen om odiøs gjeld må krigsgjeld anses som en egen unntaksregel fra kontinuitetsregelen.

Et annet typetilfelle gjeld som trekkes frem av O'Connell, Bedjaoui og Menon er fiendtlig gjeld. O'Connells teori om typetilfellet fiendtlig gjeld samsvarer med den ordinære definisjonen av odiøs gjeld; gjeld som stiftes på bekostning av befolkningens interesser uten deres samtykke. Det samme ser vi hos Bedjaoui, som omtaler fiendtlig gjeld som et typetilfelle samtidig som han slår fast at gjelden kun skal anses som odiøs i den grad den oppfyller definisjonen i draft articles artikkel C(1)a. Menon følger samme argumentasjon som Bedjaoui.

¹²⁴ O'Connell (1967) s. 5

Når vurderingen om hvorvidt en gjeld er fiendtlig eller ikke beror på en vurdering av gjeldens konsekvenser for befolkningens interesser er det liten grunn til å behandle fiendtlig gjeld som en teori adskilt fra den ordinære teorien om odiøs gjeld. Det er lite praktisk å vurdere en gjelds fiendtlighet isolert når vurderingen uansett blir den samme som i vilkåret om fravær av berikelse ovenfor. For O'Connell blir det også en vurdering om befolkningen har samtykket i låneopptaket.

Khalfan foreslår at gjeld stiftet av styresmakten i utviklingsland og som ikke kommer befolkningen til gode skal anses som et typetilfelle av gjeld, som i likhet med krigsgjeld skal være unntatt fra de ordinære reglene om kontinuitet. Ingen av de andre forfatterne foreslår en generell unntaksregel for slike gjeldstyper. En generell unntaksregel for denne typen gjeld må i beste fall anses som omdiskutert.

3 Mulig anvendelse av doktrinen

I denne delen skal jeg presentere fem eksempler på statssuksesjon fra statspraksis. I de tre første situasjonene nektet suksessorstaten å påta seg betalingsforpliktelsen for forgjengerstatens statslån i strid med kontinuitetsregelen. Her skal jeg analysere argumentene som ble brukt for å rettferdiggjøre unntaket, og undersøke om det finnes støtte for en doktrine om odiøs gjeld blant disse argumentene. I den fjerde situasjonen skal jeg undersøke hva som var grunnen til at suksessorstaten valgte å betale ned statsgjelden som ble stiftet av forgjengerregimet. I det siste eksemplet fikk suksessorregimet slettet 80 prosent av gjeldsforpliktelsene de overtok fra forgjengerregimet. Jeg skal undersøke hvorfor doktrinen om odiøs gjeld ikke ble anvendt før gjeldsforhandlingene og om doktrinen om odiøs gjeld hadde innvirkning på resultatet av forhandlingene om gjeldsslette. Til slutt skal jeg sammenfatte resultatet av de ulike drøftelsene.

3.1 Forhandlingene om den cubanske gjelden i kjølvannet av den spansk-amerikanske krigen i 1898

Cuba var spansk koloni, men ble som et resultat av den spansk-amerikanske krigen i 1898 overført fra Spania til USA. I de påfølgende fredsforhandlingene nektet USA å ta over deler av Cuba sin utestående gjeld. Spania hadde stiftet store mengder gjeld med pant i cubanske verdier.¹²⁵ I forhandlingene hevdet den spanske forhandlingsdelegasjonen at USA måtte overta betalingsforpliktelsen til disse lånene, i tråd med regelen om at suksessorstaten overtar forgjengerstatens forpliktelser.¹²⁶

USA påsto at det ikke var grunn til å følge de ordinære reglene i kontinuitetsregelen. For å begrunne hvorfor de ønsket å gjøre unntak fra denne regelen trakk den amerikanske forhandlingsdelegasjonen frem tre forhold som de mente kunne rettferdiggjøre at gjelden ikke skulle bli betalt tilbake.

For det første la forhandlingsdelegasjonen vekt på at de aktuelle statslånene hadde blitt tvunget på den cubanske befolkningen uten deres samtykke. Ifølge Feilchenfeld hadde representanter fra Cuba fått mulighet til å uttale seg i forkant av låneopptagelsen, og denne muligheten ble benyttet til å komme med skarp kritikk mot de planlagte lånene.¹²⁷ Til tross for denne kritikken ble lånene likevel inngått.

Dette argumentet har blitt tolket som at et moment i vurderingen av lovligheten til et statslån skal være at befolkningen har samtykket i låneopptaket.¹²⁸ Dette representerer nok en

¹²⁵ Feilchenfeld (1931) s. 333. For en grundig gjennomgang av faktum i Cuba-saken, se Feilchenfeld (1931) s. 329-343

¹²⁶ Feilchenfeld (1931) s. 335-336

¹²⁷ Feilchenfeld (1931) s. 338

¹²⁸ Khalfan (2003) s. 26, Howse (2007) s. 10

overfortolkning, men saken viser uansett at det at befolkningen ble påtvunget en betalingsforpliktelse kan være et relevant argument i vurderingen av lovligheten av en statsgjeld.

Det andre argumentet for at betalingsforpliktelsen ikke skulle respekteres var at lånemidlene ble stiftet for å styrke det spanske styret over Cuba, og forhandlingsdelegasjonen viste til at midlene hadde blitt benyttet til å slå ned på en opprørsgruppe som skulle forsøke å gjøre Cuba selvstendig.¹²⁹ De viste også til at lånemidlene var benyttet på krigføring mot Mexico og på å gjenforene San Domingo inn i det spanske riket.

Disse uttalelsene har i litteraturen blitt tolket som at et statslån må ha blitt anvendt i strid med befolkningens interesser for at det skal kunne gjøres unntak fra kontinuitetsregelen ved statssuksesjon. Dette stemmer godt overens med Sacks definisjon av vilkåret i kapittel 2.1.2, hvor statslån hvor formålet er å styrke makten over et territorium ble trukket frem av Sack som et typetilfelle hvor statslånet er i strid med befolkningens interesser.

Det siste momentet som skulle rettferdiggjøre at det ble gjort unntak fra kontinuitetsregelen var at kreditorene hadde kunnskap om formålet med lånene.¹³⁰ Dette tilsier at det vil være relevant å vurdere kreditors kjennskap til formålet med statslånet når man skal vurdere lovligheten av et statslån.

Resultatet etter forhandlingene ble at USA nektet å overta betalingsforpliktelsene for statslånene. Den amerikanske argumentasjonen om odiøs gjeld under fredsforhandlingene har blitt tatt til inntekt for å være et eksempel på at doktrinen har blitt anvendt i statspraksis.¹³¹ Hendelsen er et godt eksempel på at det kan gjøres unntak fra kontinuitetsregelen for statsgjeld når visse vilkår er oppfylt.

¹²⁹ Feilchenfeld (1931) s. 339

¹³⁰ Feilchenfeld (1931) s. 341

¹³¹ Khalfan (2003) s. 26, King (2007) s. 634, Howse (2007) s. 11

Flere forfattere, blant annet O'Connell, Bedjaoui og Menon, omtaler situasjonen som et typetilfelle av fiendtlig gjeld. Dette passer godt overens med vurderingen fra kapittel 2.8.3 hvor jeg hevdet at fiendtlig gjeld ikke skal være en unntaksregel i seg selv, men bero på vurderingen av de ordinære vilkårene i doktrinen om odiøs gjeld.

Det er imidlertid grunn til å være forsiktig med å erklære situasjonen som et prakteksempel på odiøs gjeld, slik Khalfan gjør.¹³² Michalowski mener at resultatet av forhandlingene må ses som et utslag av maktbalansen mellom partene, og at lånemidlene forble ubetalt fordi USA som den seirende parten kunne diktere vilkårene i fredsforhandlingene.¹³³ Feilchenfeld hevdet generelt at de amerikanske og britiske teoriene om statssuksesjon på begynnelsen av 1900-tallet – spesielt vedrørende statsgjeld - var basert på etikk og rettferdighet, og ikke forankret i juridiske prinsipper.¹³⁴ Spesifikt om Cuba-gjelden hevdet Feilchenfeld at den amerikanske delegasjonens argumenter om fravær av samtykke og berikelse var basert på et tynt, og trolig lite holdbart, juridisk grunnlag.¹³⁵ King hevder imidlertid at Feilchenfeld ikke har støtte for dette synspunktet hos andre forfattere.¹³⁶ Det er klart at USA var den sterke parten i forhandlingene i kraft av sin posisjon som seierherre. Imidlertid viser fremstillingen ovenfor at den amerikanske forhandlingsdelegasjonen valgte å begrunne unntaket fra kontinuitetsregelen med en grundig argumentasjon. Dette kan tilsi at de ikke anså sin forhandlingsposisjon som sterk nok til at de kunne nekte å overtal gjelden kun i kraft av å være den sterke parten, og at de dermed måtte anvende juridisk argumentasjon for å begrunne avgjørelsen.

¹³² Khalfan (2003) s. 26

¹³³ Michalowski (2007) s. 35

¹³⁴ Feilchenfeld (1931) s. 312 og 340

¹³⁵ Feilchenfeld (1931) s. 340

¹³⁶ King (2007) s. 634

3.2 Oranje- og Sør-Afrika

Storbritannia annekterte Oranje- og Sør-Afrika i 1900. I forkant av og under den britiske invasjonen stiftet Oranje- og Sør-Afrika store mengder gjeld hvor formålet var å forsvare seg mot invasjonen.¹³⁷ I kjølvannet av hendelsen hevdet tyske myndigheter på vegne av tyske kreditorer at Storbritannia måtte overta alle kontraktsforpliktelsene som tilhørte territoriet i tråd med kontinuitetsregelen.¹³⁸ Britene hevdet at gjeld stiftet for å føre krig mot suksessorstaten ikke skulle være gjenstand for kontinuitet.¹³⁹ Dette synspunktet ble utredet av de britiske kronjuristene på oppdrag fra den britiske forhandlingsdelegasjonen, som fant at det ikke eksisterte noe grunnlag i internasjonal rett som kunne pålegge en suksessorstat å respektere gjeld som var stiftet under krig. Begrunnelsen var at gjelden var annerledes enn ordinær statsgjeld fordi formålet med gjelden var å føre krig.¹⁴⁰

Resultatet av forhandlingene etter annekseringen av Oranje- og Sør-Afrika er et eksempel på at en suksessorstat har nektet å overta betalingsforpliktelsene for statslån stiftet under og i forkant av krigshandlinger. Samtidig viser situasjonen at gjelden ikke ble slettet fordi den ble ansett som odiøs, slik som Cuba-eksemplet, men fordi formålet med gjelden var å føre krig mot suksessorstaten. Dette er et argument for at det å oppstille en generell unntaksregel for krigsgjeld må anses som en annerledes regel enn den ordinære doktrinen om odiøs gjeld.

Også i denne situasjonen er det grunn til å vurdere om den britiske argumentasjonen var av juridisk eller politisk karakter. Paulus hevder at den britiske argumentasjonen i kjølvannet av annekseringen må tolkes som et uttrykk for ”justice and balance of power”.¹⁴¹ Han viser til at det var briteres posisjon som seierherrer som gav dem forhandlingsmomentum til å

¹³⁷ Khalfan (2003) s. 26

¹³⁸ Feilchenfeld (1931) s. 383-384

¹³⁹ Feilchenfeld (1931) s. 393-394

¹⁴⁰ O’Connell (1967) s. 462

¹⁴¹ Paulus (2008) s. 396

nekte å betale krigsgjelden og ikke det faktum at det fantes en doktrine om odiøs gjeld.¹⁴² En innsigelse til dette argumentet er at den britiske forhandlingsdelegasjonen ønsket å få utredet hvordan situasjonen skulle behandles i henhold til internasjonal rett. Dette er et viktig poeng for O'Connell når han tolker resultatet av forhandlingene etter anneksjonen som et argument for at gjeld stiftet under og i forkant av krigshandlinger skal være unntatt kontinuitet ved statssuksesjon.¹⁴³

3.3 Tinoco-saken

Federico Tinoco tok makten i et statskupp i Costa Rica i 1917. Tinoco forlot landet i august 1919, men rakk i løpet av de to siste månedene som statsleder å låne 1 million colón av Royal Bank of Canada. Regjeringen som overtok etter Tinoco vedtok en lov som slo fast at Costa Rica ikke skulle være bundet av lånekontrakter som ble stiftet under Tinoco sitt styre.¹⁴⁴

Storbritannia gikk på vegne av Royal Bank of Canada til sak mot Costa Rica med krav om at statslånene utstedt under Tinocos styre skulle betales tilbake.¹⁴⁵ Anførsle for kravet var at loven skulle anses ugyldig.¹⁴⁶ Storbritannia viste til at Tinoco hadde rett til å stifte statslån på vegne av Costa Rica, og hevdet at hans styresett var anerkjent av mange stater. Costa Rica hevdet på sin side at loven var gyldig fordi alle disposisjonene gjort av Tinoco var ugyldige. Costa Rica hevdet Tinoco ikke kunne anses som landets *de facto* statsleder, og at han dermed ikke kunne stifte disposisjoner på Costa Ricas vegne.

¹⁴² Paulus (2008) s. 396

¹⁴³ O'Connell (1967) s. 462. Se også Bedjaoui (1977) s. 70 som deler dette synspunktet.

¹⁴⁴ Great Britain v. Costa Rica s. 376.

¹⁴⁵ Storbritannia reiste i samme søksmål krav på vegne av Central Costa Rica Petroleum krav vedrørende konsesjoner de hadde fått tildelt under Tinocos styre. Jeg behandler ikke denne delen av saken, da den faller utenfor oppgaven.

¹⁴⁶ Great Britain v. Costa Rica s. 376

Saken ble avgjort i voldgift av Chief Justice William Howard Taft; USAs 27ende president og tidligere professor ved Yale.

Dommer Taft startet med å slå fast at utgangspunktet for saken var at det nye styresettet i Costa Rica måtte respektere alle disposisjoner som ble stiftet av Tinoco i tråd med kontinuitetsregelen.¹⁴⁷ Deretter undersøkte han om det skulle gjøres unntak fra denne regelen.

Han diskuterte Costa Ricas påstander om at gjeldsavtalene måtte være ulovlig fordi Tinoco ikke kunne stifte statslån på statens vegne. Taft slo imidlertid fast at selv om Tinoco tok makten gjennom et militærkupp måtte han anses som landets statsleder og at han dermed kunne inngå avtaler på Costa Ricas vegne.¹⁴⁸

Taft diskuterte deretter om Costa Rica måtte betale tilbake statslånet Tinoco stiftet i Royal Bank of Canada. Dette besvarte han avkreftende. Han slo fast at banken ikke kunne forvente å få tilbake midler når banken ikke hadde handlet i god tro vedrørende statslånets formål. Begrunnelsen var at banken kjente til at lånemidlene skulle benyttes til Tinoco og hans bror sin egen vinning, og ikke til ordinær statsdrift.¹⁴⁹ Taft skrev videre at når formålet med gjelden er å finansiere statslederens personlige forbruk kan banken ikke holde det nye regimet ansvarlig for disse midlene.¹⁵⁰

Dommen blir av mange forfattere tatt til inntekt for at doktrinen om odiøs gjeld kan anvendes i internasjonal rett. Lengst går Khalfan som tar dommen til inntekt for et prinsipp om at statlige lånemidler må benyttes på formål som gagnar staten og ikke til despotens personlige velstand – der dette ikke er oppfylt vil det ikke foreligge noen forpliktelse for suksessor-

¹⁴⁷ Great Britain v. Costa Rica s. 377

¹⁴⁸ Great Britain v. Costa Rica s. 378-387

¹⁴⁹ Great Britain v. Costa Rica s. 394

¹⁵⁰ Great Britain v. Costa Rica s. 394

regimet til å betale tilbake statslånet¹⁵¹. Howse hevder at Tinoco-dommen er et argument for at doktrinen om odiøs gjeld er internasjonal sedvanerett, da dommer Taft anvender juridiske argumenter for å forsvare at suksessorregimet ikke skal være bundet av statslån stiftet av forgjengerregimet - altså *opinio juris*.¹⁵²

Både Khalfan og Howse går trolig litt langt når de omtaler dommens betydning for doktrinen om odiøs gjeld. En grundig lesing av dommen viser at dommer Taft bruker ulike argumenter for å begrunne konklusjonen om at statslånet var urettmessig. Det er riktig slik Khalfan og Howse hevder at dommer Taft viser til at midlene ikke ble benyttet på ordinær statsdrift, men på diktatorens personlige formål og at banken var klar over at dette var formålet. Men Taft peker også på at det var forhold ved selve transaksjonen som var en medvirkende årsak til at gjelden ikke var bindende for Costa Rica.¹⁵³ Slik vil dommen være et argument for at momentene i doktrinen om odiøs gjeld vil være relevante i vurderingen om en lånekontrakts gyldighet, men dommen viser også at det ikke er gitt at doktrinen alene vil kunne føre til at en kontrakt blir erklært ugyldig.

Når det er sagt har dommen vært et viktig bidrag til utviklingen av doktrinen om odiøs gjeld. Dommen er et argument for at befolkningens støtte til styresmakten kan ha betydning for om statslederens disposisjoner skal være gyldige. En av begrunnelsene til Taft for at gjelden var ugyldig var nettopp at Tinoco sitt regime var upopulært og på randen av sammenbrudd da lånene ble stiftet.¹⁵⁴ Dette kan tyde på at en eventuell doktrine om odiøs gjeld kan få anvendelse ut over rene despotier, jf. del 2.1.1, så lenge det sittende styresettet ikke har støtte blant befolkningen.

¹⁵¹ Khalfan (2003) s. 41

¹⁵² Howse (2007) s. 12

¹⁵³ Great Britain v. Costa Rica s. 394

¹⁵⁴ Great Britain v. Costa Rica s. 393-394

Dommen er også et argument for at lånemidler som går til en despots personlige berikelse skal anses å være i strid med befolkningens interesser. Motsatt ville statslånet trolig ikke blitt kjent ugyldig dersom midlene hadde gått til ordinær statsdrift, jf. Taft sin begrunnelse ovenfor.

Dommen viser også at et relevant moment i vurderingen av et statslåns lovlighet er om kreditor opptrer i god eller ond tro. I denne saken la dommer Taft stor, og kanskje avgjørende vekt på at banken hadde kunnskaper om både formålet med statslånet og det forhold at Tinoco sitt regime var på randen av sammenbrudd.¹⁵⁵

Når det i deler av rettsteorien hevdes at Tinoco-saken ikke har relevans i tolkningen av doktrinen om odiøs gjeld er det fordi dommen omhandler et tilfelle av regimesuksesjon og ikke statssuksesjon.¹⁵⁶ Slik det ble drøftet i kapittel 2.8.2 er det imidlertid ingen grunn til å skille mellom regime- og statssuksesjon så lenge det har skjedd en fundamental endring i statens juridiske identitet. Dette er tilfellet i Tinoco-saken, ettersom Tinoco gjorde store endringer da han kom til makten, blant annet ved å innføre en ny grunnlov. Disse endringene ble omgjort da Tinoco forlot Costa Rica.

Tinoco-saken har vist at det er mulig å få kjent en lånekontrakt ugyldig når den er inngått mellom et upopulært regime og en kreditor i ond tro. Det vil være å overtolke dommen ved å påstå at Tinoco-saken er et bevis på at doktrinen om odiøs gjeld kan anvendes ved suksesjon, men slik det ble vist ovenfor kan dommen anvendes som et argument for at de ulike elementene i doktrinen kan være relevante når lovligheten av et statslån skal vurderes.

3.4 Sør-Afrika

Da ANC overtok makten etter flere tiår med apartheidstyre vedtok den nye regjeringen at de skulle betale tilbake alle utestående lån etter forgjengerregimet. I denne delen skal jeg

¹⁵⁵ Great Britain v. Costa Rica s. 393-394

¹⁵⁶ Cheng (2007) s. 16, Yianni (2007) s. 763

undersøke bakgrunnen for denne avgjørelsen. Dersom det viser seg at avgjørelsen var basert på en juridisk vurdering hvor doktrinen ble funnet uaktuell vil dette være et argument som taler mot at det eksisterer en doktrine om odiøs gjeld i folkeretten.

Nasjonalistpartiet ("Afrikaaner nasjonalpartiet") regjerte i Sør-Afrika fra 1948 til regjeringsskiftet i 1994. Regjeringsperioden er best kjent som apartheid og kjennetegnes blant annet av massiv diskriminering, segregering og bruk av vold mot befolkningen. I 1973 uttalte FN at apartheid representerte en forbrytelse mot menneskeheten, og i årene som fulgte ble regimet stadig presset med handelsrestriksjoner og annen fordømmelse fra verdenssamfunnet.¹⁵⁷

I kjølvannet av apartheid satt den nye regjeringen igjen med mer enn 14,6 milliarder dollar i ubetalt statsgjeld stiftet av apartheid-regimet, hvor en stor del av gjelden var til private kreditorer.¹⁵⁸ Mandela-regjeringen som tok over makten i Sør-Afrika etter apartheid-regimet besluttet at de skulle respektere alle utestående betalingsforpliktelser, selv dem som var stiftet under apartheid-regimet.

Det er mye som tyder på at det var andre hensyn enn rent juridiske som ble vektlagt da den nye regjeringen avgjorde at gjelden skulle betales tilbake. Howse mener at det var ønsket om å renvaske Sør-Afrikas økonomiske rykte som var grunnen til at den nye regjeringen ikke ønsket å utfordre gjeldens gyldighet i en domstol.¹⁵⁹ Han viser til at regjeringen fryktet at det å kreve sletting av gjeld i en domstol ville kunne få konsekvenser for landets kredittverdighet og gjøre landet mindre attraktivt for utenlandske investeringer.¹⁶⁰ Et slikt utgangspunkt støttes av Kremer som mener at det var viktig for den nye regjeringen å gjen-

¹⁵⁷ Howse (2007) s. 13

¹⁵⁸ Abrahams (2009) s. 93

¹⁵⁹ Howse (2007) s. 14

¹⁶⁰ Howse (2007) s. 14

vinne tilliten til det internasjonale finanssamfunnet, blant annet for å gjøre seg attraktive for utenlandske investorer.¹⁶¹ The Economist har skrevet om Sør-Afrikas gjeld etter apartheid og hevder at det ikke vil være mulig å nekte å betale tilbake gjelden fordi "its credit rating would be wrecked as it came to be lumped with other deadbeats. Foreign investors would be deterred, and South Africa would have to pay more for future borrowings".¹⁶² Khalfan mener til slutt at frykten for å få færre midler i bistand er et forhold som spilte en vesentlig rolle i avgjørelsen om å betale tilbake gjelden etter Apartheid.¹⁶³

Et annet argument som taler for at beslutningen ikke var juridisk motivert er at Sør-Afrika ikke har forsøkt å bestride statsgjeldens lovlighet med andre rettslige skritt. Abrahams lister opp noen ulike grunnlag for å teste gjeldens gyldighet, men viser også at disse grunnlagene aldri har blitt anvendt.¹⁶⁴ Dette kan tyde på at det politiske og ikke juridiske hensyn som var avgjørende da avgjørelsen om betale ned gjelden ble tatt.

En av de få forfatterne som hevder at avgjørelsen var basert på juridiske vurderinger er Nehru. Han mener at grunnen til at Sør-Afrika ikke testet lovligheten av gjelden i en domstol var at statusen til doktrinen om odiøs gjeld fremdeles var uavklart.¹⁶⁵ Nehru innrømmer imidlertid at dette kun kan ha vært én av mange enkelte faktorer som har spilt inn på avgjørelsen av å ikke nekte å betale tilbake gjelden. Han trekker også senere frem at det å ha et godt forhold til kreditorer er en viktig faktor når man skal velge mellom å nekte å betale tilbake gjeld eller å undersøke mulighetene for en gjeldssletteavtale.¹⁶⁶

¹⁶¹ Kremer (2002) s. 8

¹⁶² The Economist (1999)

¹⁶³ Khalfan (2003) s. 54

¹⁶⁴ Abrahams (2009) s. 94-95

¹⁶⁵ Nehru (2008) s. 14

¹⁶⁶ Nehru (2008) s. 35

Selv om Sør-Afrika er et eksempel fra statspraksis hvor et land har betalt tilbake statslån i en situasjon hvor det kunne vært aktuelt å benytte seg av doktrinen om odiøs gjeld, er det mange argumenter som taler for at avgjørelsen kan ha vært preget av økonomiske og politiske hensyn.

3.5 Irak

Da Saddam Hussein mistet makten i Irak i 2003 etterlot han seg mer enn 120 milliarder dollar i utestående statsgjeld, til tross for omfattende økonomiske sanksjoner mot landet.¹⁶⁷ Mesteparten av gjelden var bilateral, og omtrent 10-20 % av gjelden stammet fra private banker.¹⁶⁸ Flere av lånene ble stiftet av Saddams regjering hvor formålet var å undertrykke deler av befolkningen og på å opprettholde regimets makt.¹⁶⁹ Blant annet ble deler av gjelden stiftet for å kjøpe krigsmateriell og enorme summer ble overført til Saddams egne bankkonti.¹⁷⁰ Adams viser til en grundig artikkelserie fra den britiske avisen The Guardian hvor de i 2003 avslørte at England hadde lånt ut 14 millioner pund til Irak for å bygge et kjemisk anlegg, og viste til at Thatcher-regjeringen var klar over at denne fabrikken skulle produsere nervegass og sennepsgass, samme type gass Saddam hadde brukt mot kurderne i 1988.¹⁷¹

Forhandlinger mellom irakiske myndigheter og deres kreditorer om mulig fremtidig gjeldslette startet i 2003.¹⁷² Forhandlingene ble fasilitert i Paris-klubben, det viktigste forumet for gjeldsforhandlinger mellom stater. Både i og utenfor litteraturen ble det tatt til ordet for at Irak burde vurdere gjelden i lys av doktrinen om odiøs gjeld. I den amerikanske kongres-

¹⁶⁷ Ochoa (2008) s. 119, Foreign Press Center (2005)

¹⁶⁸ Ochoa (2008) s. 119

¹⁶⁹ Adams (2004) s. 8

¹⁷⁰ Adams (2004) s. 9, Howse (2007) s. 15

¹⁷¹ Adams (2004) s.9. Artiklen Adams viser til sto på trykk i The Guardian 6. mars 2003: "Britain's dirty secret".

¹⁷² Damle (2007) s. 140

sen ble det i juni 2003 fremmet et lovforslag om å slette de delene av Irak sin utestående gjeld som var tatt opp for å undertrykke befolkningen og for Saddams personlige bruk.¹⁷³ Cato Institute lanserte i 2004 en rapport hvor Patricia Adams tok til ordet for å slette store deler av gjelden blant annet med grunnlag i doktrinen om odiøs gjeld.¹⁷⁴

I likhet med den nye regjeringen i Sør-Afrika undersøkte aldri irakiske myndigheter lovligheten av gjelden etter forgjengerregimet for en domstol. I november 2004 lanserte Paris-klubben en pressemelding om at irakiske myndigheter og deres kreditorer hadde blitt enige i en omfattende gjeldssletteavtale hvor Irak skulle få slettet 80 % av deres utestående gjeld.¹⁷⁵

I likhet med saken fra Sør-Afrika må det undersøkes hvorfor de irakiske myndighetene aldri gikk til en domstol for å vurdere landets utestående gjeld opp mot doktrinen om odiøs gjeld. Spørsmålet i den videre drøftelsen er hva som var grunnen til at doktrinen ikke ble anvendt og i hvilken grad doktrinen spilte en rolle i forhandlingene om gjeldsslette.

Jai Damle, professor i juss ved Duke University, utførte i 2007 en grundig undersøkelse av forhandlingene om gjelden etter Saddam.¹⁷⁶ Han peker på at det var lite fokus på det juridiske aspektet ved gjelden, og at det var politiske, økonomiske og praktiske grunner som førte til at den irakiske regjeringen valgte å forhandle om ordinær gjeldsslette direkte med kreditorene fremfor å utfordre gjeldens lovlighet i en domstol.¹⁷⁷ Damle viser til tre forhold som førte til omfattende slette av den irakiske gjelden; frykt for økende oljepriser, et ønske om å utvikle Iraks økonomi til å bli en fremtidig handelspartner og politisk velvilje på

¹⁷³ Bonilla (2010) s. 2

¹⁷⁴ Adams (2004)

¹⁷⁵ Paris Club (2004), Foreign Press Center (2005)

¹⁷⁶ Damle (2007)

¹⁷⁷ Damle (2007) s. 147

grunn av landets strategiske geografiske posisjon i Gulf-regionen.¹⁷⁸ Han peker også på at doktrinen om odiøs gjeld ble trukket frem i forhandlingene, men at man var redd for at det ville bli for omfattende å begi seg ut i en analyse av hver enkelt lånekontrakt.¹⁷⁹

Et annet moment som forsvaret den irakiske regjeringens avgjørelse om å ikke undersøke gjeldens lovlighet for en domstol er at de fikk tilbud om en svært god gjeldssletteavtale, hvor mer enn 80 prosent av statsgjelden ble slettet. Sett i et økonomisk perspektiv var dette en svært god løsning på Iraks gjeldsutfordringer. Damle viser til at å anvende doktrinen om odiøs gjeld trolig ville gitt mindre avkastning: selv om man kunne fått erklært store deler av gjelden som odiøs i en domstol ville likevel store summer falt utenfor definisjonen fordi lånemidlene førte til berikelse for befolkningen gjennom ordinær statsdrift.¹⁸⁰

Et siste moment som kan ha bidratt til beslutningen om å ikke prøve gjeldsavtalene i retten er at det er store praktiske utfordringer knyttet til denne prosessen. Gelpern hevder at en av grunnene til at land velger å ikke forsøke å avgjøre lovligheten av et lån basert på doktrinen om odiøs gjeld er fordi det vil bli et for stort arbeid å skulle dokumentere forgjengerstatens låneaktivitet gjennom hele dens styre, og at det derfor ofte er enklere å inngå forhandlinger om ordinær gjeldsslette.¹⁸¹ Prosessen vil være både tidkrevende og kostbar. Dette bekreftes av Damle som viser til at det vil være ressurskrevende å skulle gjennomgå hvert enkelt lån.¹⁸² Et annet bevis på at det ville vært en omfattende prosess å få frem alle opplysningene om Saddams låneaktiviteter er at store deler av Iraks arkivmateriale ble ødelagt under den amerikanske invasjonen.¹⁸³

¹⁷⁸ Damle (2007) s. 147

¹⁷⁹ Damle (2007) s. 148

¹⁸⁰ Damle (2007) s. 148

¹⁸¹ Gelpern (2005) s. 407

¹⁸² Damle (2007) s. 151

¹⁸³ Adams (2004) s. 12

Selv om lovligheten av Iraks statsgjeld ikke ble utfordret i en rettssal blir spørsmålet om doktrinen om odiøs gjeld hadde innvirkning på resultatet av gjeldsforhandlingene. Damle svarer dette bekreftende, og peker på at doktrinen kan anvendes som et argument i forhandlinger om mengden av gjeld som skal slettes, og at truslene om at gjeldens lovlighet potensielt kan ende i retten vil gi skyldnerstaten et bedre utgangspunkt i forhandlingene.¹⁸⁴

Sett fra kreditorenes synsvinkel kan doktrinen ha vært et insentiv til å strekke seg litt lenger under forhandlingene om mengden gjeld som skulle bli slettet. Med et stort fokus fra både sivilt samfunn og fra rettslitteraturen på Iraks gjeldsforhandlinger kan kreditorene ha vært redd for å få negative omtaler dersom det ikke ble gitt tilstrekkelige store summer i gjeldsslette. Trusselen om at alternativet til gjeldsslette ville vært å undersøke gjeldens lovlighet i en rettssal kan også ha hatt en viss påvirkning. Kreditorene ville risikere store tap og mye negativ omtale dersom lånene hadde blitt kjent odiøse i en rettssal.

Etter en vurdering av begrunnelsen for avgjørelsen om å ikke undersøke statsgjeldens lovlighet for en domstol kan det synes som at den overordnede motivasjonen for valget var av økonomisk og politisk karakter, snarere enn av juridisk art. Samtidig kan doktrinen om odiøs gjeld ha bidratt som en av flere faktorer som førte til et godt resultat i gjeldsforhandlingene.

3.6 Konklusjon

I dette kapittelet har jeg presentert fem eksempler på statssuksesjon fra statspraksis.

I Cuba-hendelsen og i Tinoco-saken ble det vist at det er mulig å gjøre unntak fra kontinuitetsregelen for statsgjeld. Argumentene som ble benyttet for å begrunne unntaket har felles trekk med doktrinen om odiøs gjeld. I Cuba-saken ble unntaket begrunnet med at statsgjelden var påtvunget den Cubanske befolkningen og anvendt i strid med deres interesser

¹⁸⁴ Damle (2007) s. 150

og behov. At kreditor kjente til disse forholdene var også et viktig moment. I Tinoco-saken la dommeren mye vekt på at lånemidlene gikk til statslederens personlige forbruk og at banken handlet i ond tro. Men viktige momenter i vurderingen var også at selve lånetransaksjonen var i strid med Tinocos fullmakter og at hans regime var upopulært og på randen av sammenbrudd da lånemidlene ble stiftet.

Forhandlingene i kjølvannet av den britiske annekteringen av Oranjestaten er et eksempel på statsgjeld som ikke oppfyller vilkårene i den ordinære doktrinen om odiøs gjeld, men som likevel er anerkjent som odiøs da gjelden er relatert til krigsvirksomhet. Dette styrker påstanden fra del 2.8.3 om at krigsgjeld må anses som en egen folkerettslig regel og ikke som en del av den ordinære doktrinen om odiøs gjeld.

I de to øvrige eksemplene på statspraksis ble statsgjeldens lovlighet ikke bestridt. Bak disse beslutningene ble det vist at de avgjørende momentene trolig var av politisk og økonomisk karakter. Det har også blitt vist at doktrinen om odiøs gjeld er egnet som et argument og pressmiddel i forhandlinger om gjeldsslette. Tanken er at skyldnerstaten vil komme bedre ut av gjeldsforhandlinger dersom alternativet til gjeldsslette er å undersøke om gjelden er odiøs i en domstol. Dette var en medvirkende faktor i forhandlingene om Iraks statsgjeld, slik det ble vist ovenfor.

Et siste funn i vurderingen ovenfor er at anvendelsen av doktrinen om odiøs gjeld kan medføre store praktiske utfordringer. Anvendelse av doktrinen er enklere der det er snakk om et fåtall identifiserbare statslån, slik som i Tinoco-saken og i Cuba-gjelden. Prosessen blir imidlertid mer omfattende dersom man skal vurdere store mengder uidentifiserte statslån, slik som de utestående statslånene etter apartheid og Irak. Det ble vist i vurderingen ovenfor at de praktiske utfordringene kan ha hatt innvirkning på beslutningen om og ikke vurdere lovligheten av gjelden etter Saddam.

4 Støtte for doktrinen blant anerkjente prinsipper i internasjonal rett

I dette kapitlet skal jeg presentere noen anerkjente prinsipper i internasjonal rett. Slike prinsipper er av ICJ ansett som en rettskilde i internasjonal rett.¹⁸⁵ Jeg skal kort redegjøre for innholdet i disse og deretter undersøke om prinsippet kan anvendes som et argument for innholdet i eller rekkevidden av doktrinen om odiøs gjeld. Jeg skal til slutt sammenfatte resultatet av undersøkelsen.

4.1 Demokrati som internasjonalt prinsipp

Franck hevder at demokrati i seg selv kan stå som et selvstendig prinsipp i internasjonal rett.¹⁸⁶ Han viser til at prinsippet vil være særlig egnet til å fremme to av de viktigste folkerettslige idealene i vår tid: menneskerettigheter og fred.¹⁸⁷ Demokrati gjelder forholdet mellom en statsleder og hans befolkning. Statslederen får fullmakt til å utøve makt på vegne av befolkningen gjennom valg og grunnlov.¹⁸⁸

Kjernen i prinsippet er at befolkningen til en viss grad kan påvirke statens beslutninger.¹⁸⁹ Dette kan enten skje indirekte gjennom å gi statslederen fullmakter eller direkte gjennom folkeavstemninger. Ulike land velger ulike løsninger, men kjernen er at statslederen må kunne stå til ansvar for folket for sine handlinger. Dette innebærer at befolkningen har mulighet til å komme med reaksjoner dersom en statsleder handler ut over sine fullmakter. En slik reaksjon kan være at statslederen ikke vil få befolkningens samtykke til å styre på vegne av dem ved neste valg.

¹⁸⁵ ICJ-statuttene art. 38(1)c

¹⁸⁶ Franck (1992) s. 90

¹⁸⁷ Franck (1992) s. 88-89

¹⁸⁸ Franck (1992) s. 50

¹⁸⁹ Franck (1992) s. 50

Prinsippet om demokrati er et argument for at det må være noen begrensninger på en statsleders rett til å binde staten. En begrensning som vil harmonisere godt med prinsippets utgangspunkt om at statslederen styrer på vegne av befolkningen er at statslederen ikke bør kunne inngå lånekontrakter hvor formålet er å anvende lånemidlene i strid med befolkningens interesser og behov. Dersom statslederen stifter slik gjeld vil han bryte forventningen om at han utøver makt på vegne av en befolkning, og prinsippet om demokrati vil dermed tillate at befolkningen kan reagere ved og ikke gi statslederen fornyet tillit ved neste valg.

Demokrati kan anses som et argument for eksistensen av en doktrine om odiøs gjeld. Også her vil statslederen måtte stå til ansvar ovenfor egen befolkning dersom han handler ut over sine fullmakter. Eller rettere sagt, med doktrinen om odiøs gjeld vil befolkningen få et middel som kan rette opp situasjoner der en tidligere statsleder har stiftet gjeld og anvendt lånemidlene i strid med befolkningens samtykke og interesser.

4.2 Permanent suverenitet over statens ressurser

En stat har rett til å disponere over sine ressurser.¹⁹⁰ Crawford mener at retten til å disponere over en nasjons ressurser er "rights of peoples, rather than rights of states".¹⁹¹ En slik forståelse kan ses på som en begrensning i en statsleders kompetanse til å disponere over statens ressurser, og passer godt sammen med ideen om at et lån som er anvendt i strid med befolkningens interesser og behov ikke skal være bindende. Crawford hevder at myndighetenes disposisjoner over statens ressurser kan være gjenstand for "subsequent scrutiny, and to invalidation or avoidance"¹⁹² dersom statslederen stifter avtaler i strid med befolkningens interesser.

¹⁹⁰ Se blant annet FNs internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 1 nummer 2

¹⁹¹ Crawford (1988) s. 63

¹⁹² Crawford (1988) s. 64

Dette er et argument for at det må eksistere noen mekanismer som kan regulere situasjoner som oppstår når representanten for befolkningen disponerer folkets ressurser på en måte som er i strid med befolkningens interesser. Doktrinen om odiøs gjeld kan være en slik mekanisme, fordi den er egnet til å hindre at en statsleder inngår låneavtaler i strid med befolkningens interesser og til å erklære disse låneavtalene som ugyldige der dette skulle skje.

4.3 Den internasjonale plikten til å anerkjenne *acquired rights*

Slik det ble vist fremstillingen av O'Connell i kapittel 2.2 har stater en plikt til å anerkjenne visse *acquired rights*.¹⁹³ Kontinuitetsregelen som innebærer at suksessorstaten eller – regimet må respektere forgjengerens forpliktelser kan ses som et uttrykk for denne regelen. Dette kom til uttrykk blant annet i dommen om *German Settlers in Poland* fra Permanent Court of Justice fra 1923 hvor det ble uttrykt at private rettigheter ikke slutter å eksistere ved statssuksesjon.¹⁹⁴

Det er ikke alle *acquired rights* som skal følge hovedregelen. O'Connell mener at krigsgjeld og fiendtlig gjeld skal være unntatt hovedregelen, jf. kapittel 2.2. Grunnen til dette er at disse gjeldstypene ikke oppfyller kravene for at en gjeldskontrakt skal anses som en *acquired right* beskyttet av internasjonal rett, da lånemidlene er anvendt i strid med befolkningens interesser. I disse situasjonene har ikke kreditor en beskyttelsesverdig forventning om at skyldnerstaten skal respektere tilbakebetalingsforpliktelsen.

Nedenfor i del 4.6 vil det bli drøftet om en kreditor sin forventning om at skyldnerstaten skal respektere tilbakebetalingsforpliktelsen i et statslån skal være beskyttet mot ugyldighet dersom kreditor handler i god tro.

¹⁹³ O'Connell (1967) s. 237

¹⁹⁴ *Settlers of German Origin in Poland*, Advisory Opinion (1923) s. 36 ¶75

4.4 Ubegrunnet berikelse¹⁹⁵

Ubegrunnet berikelse er et anerkjent prinsipp i internasjonal rett.¹⁹⁶ Prinsippet innebærer at en part ikke skal få en ubegrunnet berikelse på bekostning av den andre parten, dersom det ikke foreligger et grunnlag for berikelsen.

O'Connell trekker frem prinsippet om ubegrunnet berikelse som en grunnstein i suksjonslæren, og som et argument for kontinuitetsprinsippet som hovedregel.¹⁹⁷ Denne regelen skal hindre at suksessorstaten får en ubegrunnet berikelse ved at de slipper å måtte overta betalingsforpliktelsen for et lån, samtidig som de nyter godt av resultatet av lånemidlene.

Khalfan mener at prinsippet om ubegrunnet berikelse er et argument for at det må eksistere en doktrine om odiøs gjeld.¹⁹⁸ Han mener kreditor vil få en ubegrunnet berikelse på bekostning av suksessorstaten dersom suksessorstaten respekterer tilbakebetalingsforpliktelsen for et lån som ikke har blitt anvendt i strid med befolkningens interesser. Her vil det være nødvendig med en presisering. Prinsippet kan ha relevans i vurderingen om kreditor har fått en ubegrunnet berikelse på vegne av suksessorstaten. Denne vurderingen kan imidlertid først skje etter at det har blitt konstatert at det aktuelle statslånet er odiøst, slik at suksessorstaten ikke har noen betalingsforpliktelse ovenfor kreditor. De midlene som suksessorstaten har betalt til kreditor for renter eller avdrag på statslånet kan være gjenstand for tilbakeføring fra kreditor til suksessorstaten basert på prinsippet om ubegrunnet berikelse.

¹⁹⁵ Oversatt fra "unjust enrichment"

¹⁹⁶ O'Connell (1967) s. 34, Khalfan (2003) s. 34

¹⁹⁷ O'Connell (1967) s. 34

¹⁹⁸ Khalfan (2003) s. 34

4.5 Menneskerettigheter

Respekt for menneskerettigheter er et viktig prinsipp i internasjonal rett. Menneskerettigheter regulerer forholdet mellom staten og individet, og innebærer at det må finnes noen begrensninger på hvilke handlinger en stat kan gjennomføre ovenfor sin befolkning.

Menneskerettigheter har blitt anvendt som et argument for at lånekontakter som er stiftet i strid med befolkningens interesser skal bli ansett som ugyldige. Dette er et forståelig argument, ettersom slike lån ofte vil stride mot menneskerettighetene, dersom lånemidlene skal finansierer undertrykkelse, folkemord og krigføring, for å vise noen eksempler.

Doktrinen om odiøs gjeld kan være et egnet middel for å sikre etterlevelse av menneskerettigheter. For det første kan doktrinen hindre at lån som strider mot menneskerettighetene oppstår. Dette vil være tilfellet når långiver frastår fra å utstede gjeld fordi statslånet senere kan bli erklært ugyldig gjennom doktrinen om odiøs gjeld. Den andre hensikten er at doktrinen skal hindre situasjoner der en befolkning blir gjenstand for et ”dobbel overgrep” når de må betale tilbake lånemidler som i utgangspunktet ble benyttet på å undertrykke dem.

Cheng mener at doktrinen om odiøs gjeld kan få negative konsekvenser for befolkningens menneskerettigheter.¹⁹⁹ Dersom en suksessorstat nekter å betale tilbake odiøs gjeld kan resultatet bli at kreditorene stopper å låne dem penger eller kompenserer for risikoen for potensiell fremtidig betalingsnekt ved å kreve høyere renter for statslånet. Dette kan hindre befolkningen i å få tak i den kapitalen de trenger for å finansiere prosjekter som vil oppfylle andre menneskerettigheter.²⁰⁰ Selv om Chengs innsigelse er et viktig poeng, er det imidlertid uenighet om hvorvidt det at doktrinen vil endre kreditorenes adferd er uheldig. Andre forfattere, slik som Michalowski, hevder at det vil være en seier for doktrinen dersom an-

¹⁹⁹ Cheng (2007) s. 19

²⁰⁰ Cheng (2007) s. 20

vendelse av den hindrer kreditorene i å utstede nye potensielt odiøse lån.²⁰¹ Et av formålene med doktrinen er nettopp å sørge for at kreditor avstår fra å inngå lånekontrakter hvor midlene skal anvendes i strid med befolkningens interesse, fordi disse potensielt kan bli kjent ugyldige i ettertid.

Disse innvendingene til tross, prinsippet om vern av menneskerettigheter er et argument for en doktrine om odiøs gjeld, og for vilkåret som stiller krav til at statslån ikke skal gå på bekostning av befolkningens interesser.

4.6 God tro²⁰²

God tro er et anerkjent prinsipp i internasjonal rett.²⁰³ Prinsippet om god tro innebærer at avtaler må inngås med ærlige hensikter uten at partenens egentlige intensjoner holdes skjult. King mener prinsippet er et argument for at betalingsforpliktelser skal være unntatt fra kontinuitetsregelen når kreditor har kunnskaper om at formålet med statslånet er i strid med befolkningens interesser.²⁰⁴ Denne uttalelsen forstår jeg som at en kreditor som handler i god tro vil ha en forventning om at den nye staten skal respektere betalingsforpliktelsen til statslånet som ble stiftet av forgjengerstaten. En slik forventning vil være beskyttelsesverdig. Motsatt vil en kreditor som bistår en statsleder i utførelsen av fiendtlige handlinger ovenfor befolkningen ikke ha en beskyttelsesverdig forventning om at avtalen skal oppfylles av suksessorstaten. I slike situasjoner kan han ikke senere kreve midlene tilbakebetalt dersom denne statslederen blir styrtet.

Prinsippet om god tro kan tjene som et argument for at doktrinen om odiøs gjeld må inneholde et vilkår om kreditors kunnskap. Med et slikt vilkår, slik det ble skissert av Sack, vil ikke en kreditor lide tap dersom han har handlet i god tro fordi kontrakten ikke vil bli om-

²⁰¹ Michalowski (2007) s. 63

²⁰² Oversatt fra ”good faith”

²⁰³ Bokor-Szegö (1991) s. 217, King (2007) s. 642

²⁰⁴ King (2007) s. 642-643

fattet av doktrinen om odiøs gjeld. Doktrinen vil imidlertid omfatte situasjoner der kreditor ikke har en beskyttelsesverdig forventning om å få pengene tilbake fordi han kjente til eller bidro til handlingene.

4.7 Konklusjon

Anerkjente rettsprinsipper i internasjonal rett har blitt viet lite oppmerksomhet i rettsteorien rundt doktrinen om odiøs gjeld. Blant de få unntakene blir rettsprinsippene fremstilt som både et positivt²⁰⁵ og et negativt²⁰⁶ bidrag til diskusjonen om eksistensen av og innholdet i doktrinen.

Flere av prinsippene kan ses som et argument for at det bør være noen begrensninger på hva slags handlinger en stat kan utføre ovenfor sin egen befolkning. Både prinsippet om beskyttelse av menneskerettigheter og prinsippet om at det er statens befolkning som skal disponere over statens ressurser kan tas til inntekt for en doktrine om odiøs gjeld, da denne er egnet til å begrense statens handlinger ved at lånekontrakter hvor formålet strider mot befolkningens interesser kan bli kjent ugyldig.

Det er også vist at prinsippet om *acquired rights* og prinsippet om ubegrunnet berikelse støtter opp om at en suksessorstat må overta forgjengerstatens forpliktelser ved statssuksesjon. Dette samsvaret med kontinuitetsregelen, slik den ble fremstilt i kapitel 1. Det ble også vist at det kan gjøres unntak fra denne regelen når det aktuelle statslånet oppfyller vilkårene for krigsgjeld eller omfattes av den ordinære doktrinen om odiøs gjeld.

Når det gjelder innholdet i doktrinen støtter prinsippet om god tro at kreditors kunnskaper om formålet med statslånet vil være et relevant moment i vurderingen av om suksessorstaten må anerkjenne betalingsforpliktelsen ved statssuksesjon. Det ble vist at en kreditor sin

²⁰⁵ Khalfan (2003) s. 34-36, King (2007) s. 642-644

²⁰⁶ Cheng (2007) s. 19-20, Michalowski (2007) s. 44, Paulus (2008) s. 418

forventning om at låneavtalen skal oppfylles bør respekteres ved statssuksesjon dersom kreditor har handlet i god tro.

5 Konklusjon

Med bakgrunn i analysen av ulike teorier om doktrinen, anvendelse av doktrinen i statspraksis og støtte fra internasjonale prinsipper skal jeg i denne delen trekke en konklusjon om doktrinens innhold og rekkevidde. Jeg skal også kort bevise at krigsgjeld er en selvstendig regel i folkeretten. Til slutt skal jeg redegjøre for noen utfordringer med doktrinen om odiøs gjeld.

5.1 Vilkår for anvendelse

I vurderingen om doktrinens innhold tar jeg utgangspunkt i Sack sin teori, som er begrenset til låneavtaler stiftet av despoter og anvendt i strid med befolkningens interesser. Det er også et vilkår at kreditor hadde kunnskaper om disse forholdene da låneavtalen ble inngått. Spørsmålet er om det finnes argumenter i rettsteorien, statspraksis eller internasjonale prinsipper som taler for å endre utgangspunktet.

5.1.1 Gjeld stiftet av en despot

Som det ble vist i kapittel 2 er det uenighet i rettsteorien om doktrinen skal være begrenset til situasjoner der befolkningen ikke har samtykket i at låneavtalen inngås. Feilchenfeld, O'Connell og Paulus mener det er et vilkår at befolkningen samtykker i lånestiftelsen, mens det for Bedjaoui, Menon og Khalfan ikke er relevant moment i vurderingen. Det å begrense doktrinens anvendelsesområde til situasjoner der befolkningen samtykket vil ha liten betydning i praksis. Slik det ble vist i del 2.1.1 vil det sjeldent forekomme situasjoner hvor en befolkning har samtykket i det aktuelle låneopptaket. Sammenlignet med de øvrige teoriene har Sack sin doktrine det mest snevre anvendelsesområdet da denne er begrenset til gjeld stiftet av en despot.

Statspraksis gir liten veiledning i vurderingen av om doktrinens anvendelsesområde skal være begrenset til regimer. I saken om Cuba-gjelden nektet suksessorstaten å betale tilbake

gjeld stiftet av en kolonimakt på vegne av territoriet som ble overtatt. Dette kan tyde på at doktrinen kan anvendes på situasjoner der gjelden påtvinges befolkningen, ikke ulikt Sack sitt utgangspunkt om gjeld stiftet av en despot. I Tinoco-saken nektet suksessorstaten å betale tilbake statslån stiftet av en demokratisk valgt statsleder, noe som i utgangspunktet taler for å utvide doktrinens anvendelsesområde. Imidlertid trakk dommer Taft frem statslederens manglende støtte i befolkningen på tiden da statslånet ble stiftet som et viktig moment i vurderingen. Dermed er det vanskelig å ta dommen til inntekt for en utvidende tolkning av vilkåret.

I mangel av velbegrunnede argumenter mot å utvide doktrinen synes det fornuftig å legge til grunn at doktrinen skal være begrenset til tilfeller der despotier stiftet statsgjeld.

5.1.2 Strid med befolkningens interesser og behov.

Både i rettsteorien og blant eksemplene fra statspraksis finnes det solid støtte for et vilkår som begrenser doktrinens anvendelse til statslån som er stiftet og anvendt i strid med befolkningens interesse og behov. Et slikt vilkår har også god støtte i internasjonale prinsipper, blant annet ved at det er egnet som en fornuftig begrensning på en stats handlinger ovenfor egen befolkning.

Selv om det er enighet om at det må eksistere et vilkår om fravær av berikelse er det uenighet i teorien om innholdet av vilkåret. Utgangspunktet er Sack sin doktrine hvor vilkåret er oppfylt når gjelden strider mot befolkningens interesser. Bedjaoui hevder i draft articles art. c(1)a at vilkåret kun er oppfylt når statslånet er benyttet i strid med befolkningens vesentlige interesser. Med unntak av støtte fra Menon, jf. del 2.7, er Bedjaoui alene om en slik forståelse i rettsteorien. Heller ikke statspraksis taler for at doktrinen skal være begrenset til statslån som strider mot befolkningens vesentlige interesse, da det i både Cuba-situasjonen og i Tinoco-saken var tilstrekkelig at lånemidlene var i strid med befolkningens ordinære interesser.

Neste spørsmål er om Bedjaouis forslag til en utvidet definisjon av odiøs gjeld som omfatter gjeld som strider mot internasjonal rett kan anses som en del av doktrinen om odiøs

gjeld. Menon støtter også her en slik regel. I Cuba-saken nektet USA å overta betalingsforpliktelsen for gjeld som ble stiftet for å finansiere spansk krigføring i Mexico, selv om denne gjelden ikke var direkte i strid med den cubanske befolkningens interesser. Samtidig er Cuba-hendelsen det eneste tilfellet der statslån anvendt i strid med et tredjelandets interesser har blitt nektet overtatt av suksessorstaten.

I mangel på flere argumenter som støtter Bedjaoui sitt forslag til utvidelse av doktrinens anvendelsesområde er konklusjonen at doktrinen får anvendelse på gjeld stiftet i strid med befolkningens ordinære interesser og behov.

5.1.3 Kreditors kunnskap

Den delen av Sack sin doktrine med minst støtte i rettsteorien er vilkåret om at kreditor må ha hatt kunnskap om at statsgjelden er stiftet i strid med befolkningens interesser. Dette er uheldig, for det er mange gode grunner til at doktrinen burde inneholde et slikt vilkår. Gjeld som omfattes av doktrinen har potensiale til å ramme kreditor hardt. Når doktrinen får anvendelse er det lite trolig at kreditor vil klare å inndrive lånemidlene fra regimet som stiftet gjelden, enten fordi regimet har sluttet å eksistere eller fordi regimelederen har dratt i eksil. Slik det ble vist i kapittel 4 finnes det støtte i prinsippet om god tro og i doktrinen om *acquired rights* for å beskytte en kreditor i god tro sine forventninger om at kontrakten skal oppfylles. Dette tilsier at doktrinen burde ha et snevert anvendelsesområde begrenset til situasjoner der kreditor er i ond tro.

I kapittel tre ble det vist at kreditors kunnskap var et relevant moment i både Cuba-situasjonen og i Tinoco-saken. Samtidig gir ikke statspraksis noen veiledning i om doktrinen kan anvendes dersom kreditor er i uaktsom god tro, da kreditor i begge situasjonene kjente til forholdene. Jeg kjenner ikke til noen situasjoner fra statspraksis hvor en suksessorstat har nektet å betale statslån inngått mellom forgjengerstaten og en godtroende kreditor.

En streng anvendelse av doktrinen er egnet til å fungere som en fornuftig sikkerhetsventil som hindrer at doktrinen anvendes på situasjoner der kreditor er i aktsom god tro. Dette

innebærer at doktrinen kun kan anvendes på statslån hvor kreditor hadde kunnskaper om at lånemidlene skulle benyttes i strid med befolkningens interesser.

5.1.4 Konklusjon

Fra diskusjonen ovenfor ble det vist at det er gode grunner til å videreføre Sack sin snevre doktrine. Doktrinen om odiøs gjeld er dermed begrenset til statslån stiftet av en despot og anvendt i strid med befolkningens interesser. Doktrinen får kun anvendelse når kreditor kjenner til disse forholdene.

5.2 Doktrinens rekkevidde

Målet med denne delen er å sammenfatte de ulike argumentene om doktrinens rekkevidde fra rettsteorien, statspraksis og internasjonale prinsipper. Utgangspunktet for vurderingen er regelen om kontinuitet ved statssuksesjon. Spørsmålet er om doktrinen om odiøs gjeld kan anvendes som en unntaksregel fra dette utgangspunktet.

I kapittel 2 ble det vist at det finnes omfattende støtte i rettsteorien for at det skal gjøres unntak fra kontinuitetsregelen dersom et statslån oppfyller vilkårene i doktrinen om odiøs gjeld. Med unntak av Feilchenfeld er det enighet om at doktrinen om odiøs gjeld kan anses som en folkerettsregel. Feilchenfeld anser doktrinen som en moralsk regel, snarere enn en juridisk rettsregel.

I fremstillingen av statspraksis ble det vist at det kan gjøres unntak fra kontinuitetsregelen ved statssuksesjon for statsgjeld. Dette var tilfellet i saken om Cuba-gjelden, i saken om Oranjestaten og i Tinoco-dommen. Ordet ”odiøst” ble ikke brukt som en begrunnelse for unntaket fra kontinuitetsregelen. Imidlertid ble det i fremstillingen av Cuba-gjelden og Tinoco-saken vist at argumentasjonen for unntaket hadde store fellestrekk med doktrinen om odiøs gjeld. Dette taler positivt for doktrinens rekkevidde. Felles for disse to situasjonene er at det var snakk om en håndfull lån som var identifiserbare. Det var også enkelt å klargjøre faktum, slik det var i Cuba-saken der Spania og USA var enige om hvordan lånene hadde blitt brukt og i Tinoco-saken hvor formålet med statslånet var å utbetale fremtidig lønn til statslederen.

Gjennomgangen i del 3 representerer kun en håndfull eksempler fra en omfattende statspraksis rundt suksesjon. I sin analyse av doktrinen om odiøs gjeld gjennomfører Khalfan en omfattende gjennomgang av statspraksis knyttet til gjeld i tilfeller av suksesjon. Han konkluderer med at finnes en betydelig mengde statspraksis hvor gjeld har blitt nektet overtatt av suksessorstaten fordi den var anvendt i strid med befolkningens interesser.²⁰⁷ Samtidig slår han fast at det finnes få eksempler hvor resultatet har skjedd av juridiske årsaker, slik at det vanskelig kan konstateres statspraksis på grunn av mangel på *opinio juris*.²⁰⁸ Khalfan konkluderer videre med at majoriteten av eksemplene på statspraksis viser at suksessorstater velger å forplikte seg til å betale tilbake forgjengerstatens lån, selv om disse er anvendt i strid med befolkningens interesser. Men også i disse tilfellene er det vanskelig å konstatere at dette skjer etter en juridisk overbevisning. Khalfan peker på økonomiske og politiske hensyn spiller en vel så viktig rolle i kjølvannet av statssuksesjon.²⁰⁹ Nye stater og styresett har mye å tjene på å få et godt forhold til potensielle fremtidige kreditorer. Denne konklusjonen harmoniserer godt med konklusjonen i vurderingen av gjelden etter Apartheid og Saddams regime i Irak, jf. del 3.4 og 3.5. Her ble det vist at det trolig var økonomiske og politiske faktorer som var avgjørende for beslutningen om å ikke nekte å betale tilbake statslånene som var stiftet av forgjengerstaten. Howse støtter denne vurderingen, og konkluderer med at det ikke finnes eksempler fra statspraksis hvor det eksplisitt har blitt slått fast at internasjonal rett ikke inneholder noen doktriner om odiøs gjeld.²¹⁰

I del 4 ble det vist at en doktrine om odiøs gjeld har god støtte i internasjonale prinsipper. Doktrinen er egnet til å oppfylle ønskede målsetninger i internasjonal rett, slik som etterlevelse av menneskerettigheter. Dette taler positivt for doktrinenes rekkevidde.

²⁰⁷ Khalfan (2003) s. 29

²⁰⁸ Khalfan (2003) s. 29

²⁰⁹ Khalfan (2003) s. 29

²¹⁰ Howse (2007) s. 21

Selv om doktrinen har fått begrenset anvendelse i statspraksis ble det i kapittel 3.5 vist at et relevant anvendelsesområde for doktrinen er gjeldsforhandlinger. Doktrinen spilte en viss rolle i forhandlingene som resulterte i en omfattende reduksjon av Iraks statsgjeld. Det er nok i slike situasjoner hvor doktrinen om odiøs gjeld har mest betydning. Ideen om at noen typer statsgjeld har oppstått og blitt anvendt på en måte som gjør at de i teorien kan bli kjent ugyldige i en domstol er egnet til å styrke skyldnerstatens posisjon i forhandlinger med kreditorer. Forhandlingsmomentumet som skapes av doktrinen kan føre til at skyldnerstatene vil få slettet mer gjeld enn de ville fått dersom de ikke kunne truet med doktrinen.

Basert på diskusjon ovenfor kan det trekkes noen slutninger. Den første slutningen om doktrinens rekkevidde er at det er få eksempler fra statspraksis hvor doktrinen har blitt anvendt. I sin rene form, slik den ble lansert av Sack, har doktrinen aldri blitt brukt. Men slik det ble vist i gjennomgangen av statspraksis vil de ulike momentene i doktrinen være relevante i vurderingen av om en statsgjeld har kommet i stand i strid med internasjonal rett.

For det andre har det blitt vist at det er lettere å vurdere om et statslån er i strid med internasjonal rett i saker som gjelder en håndfull statslån som lett lar seg identifisere. Motsatt ble det vist at doktrinen ikke blir anvendt i situasjoner hvor gjelden er uoversiktlig og hvor det vil være ressurskrevende å klargjøre faktum for en eventuell rettsak.

For det tredje har det blitt vist at det ofte er politiske og økonomiske hensyn som begrunner avgjørelsen om hvorvidt en suksessorstat skal respektere betalingsforpliktelsen for statslån stiftet av forgjengerstaten.

Til slutt er det vist at doktrinen er egnet til å spille en viktig rolle i forhandlinger om statslån.

5.3 Krigsgjeld

Den generelle unntaksregelen fra kontinuitetsregelen for krigsgjeld inneholder andre vilkår enn den ordinære doktrinen om odiøs gjeld, slik det ble vist i del 2.8.3, og må anses som en egen unntaksregel på siden av doktrinen om odiøs gjeld. Som det har blitt vist tidligere i oppgaven har denne unntaksregelen god støtte både i teori og i statspraksis.²¹¹

Det er gode grunner til å gjøre unntak fra kontinuitetsregelen for krigsgjeld. For det første er vilkårene nøytrale og lett anvendelige da det eneste regelanvenderen må ta stilling til er om det foreligger en konflikt og tidspunktet for låneopptagelsen. For det andre har unntaksregelen støtte i statspraksis. Etter hendelsen i Oranjestaten, jf. kapittel 3.2, ble det senere gjort unntak for krigsgjeld i fredsforhandlingene etter første verdenskrig.²¹² Det finnes også eksempler hvor det ikke er gjort unntak fra kontinuitetsregelen for statsgjeld som oppfyller vilkårene til krigsgjeld, men da har dette skjedd av politiske årsaker.²¹³

Ifølge Franck er det få internasjonale prinsipper som står sterkere enn prinsippet om å avstå fra å bruke makt mot en annen stat.²¹⁴ Ikke bare fremgår prinsippet av en rekke traktater og konvensjoner, prinsippet har også dype røtter i praksis fra International Court of Justice. En regel hvor krigsgjeld som typetilfelle blir unntatt reglene om kontinuitet kan finne støtte i dette prinsippet. Dette forutsetter imidlertid at unntaksregelen faktisk vil føre til færre krigshandlinger, en oppfatning Feilchenfeld hevder er feil, jf. del 2.3.3.

Konklusjonen er at det eksisterer en selvstendig unntaksregel fra kontinuitetsregelen for krigsgjeld i folkeretten.

²¹¹ O'Connell (1967) s. 461, Bedjaoui (1977) s. 68-69, King (2007) s. 650

²¹² O'Connell (1967) s. 189, Bedjaoui (1977) s. 70-71

²¹³ Bedjaoui (1977) s. 71 ¶ 153-154

²¹⁴ Franck (1992) s. 87

5.4 Kritikk av doktrinen

Det er vist, både i diskusjonen ovenfor og tidligere i del tre, at praktiske utfordringer knyttet til fastlegging av sakens faktum kan være en stor hindring for anvendelsen av doktrinen om odiøs gjeld. Det er skyldnerlandet som har bevisbyrden for at lånene er stiftet i strid med befolkningens samtykke og interesser. Det kan være vanskelig å bevise at vilkårene i doktrinen er oppfylt ettersom lånene ofte er gamle og verdifullt bevismateriale kan ha gått tapt, slik det blant annet ble vist i fremstillingen av Irak-gjelden i kapittel 3.5.

Det er også andre utfordringer med doktrinen. Vilårene er vage. Slik det ble vist i kapittel 2 reiser de ulike vilårene flere spørsmål som ikke har et klart svar. Et eksempel er at det kan være vanskelig å slå fast hva som er i befolkningens interesser. Dette vilåret er vagt og kan lett gis ulike innhold i ulike situasjoner. Feilchenfeld mener at vanskelighetene med å kartlegge hvorvidt berikelse foreligger er unntaksregelens største utfordring.²¹⁵ Sack hevdet at spørsmål knyttet til anvendelse av vilårene kunne løses ved at det ble opprettet en internasjonal domstol som skulle ta stilling til myndighetens anførsler om at gjelden var i strid med befolkningens interesser.²¹⁶ Dette er nok en idé som er bedre på papiret enn i realiteten, da det vil oppstå mange vanskelige spørsmål som må avklares vedrørende oppbygningen, finansieringen, jurisdiksjonen og mandatet til en slik domstol.

For at doktrinen skal bli anvendt og få mer annerkjennelse i fremtiden tror jeg det er viktig at man anvender doktrinen som en snever unntaksregel i samsvar med konklusjonen i del 5.1.4. Slik vil kun de grove tilfellene av statslån anvendt i strid med befolkningens interesser omfattes, tilfeller som de fleste vil kunne anerkjenne som uheldige og i strid med internasjonal rett. Motsatt tror jeg doktrinens annerkjennelse vil bli svekket dersom doktrinen blir forsøkt anvendt som en bred unntaksregel. I slike tilfeller vil det ofte være politiske vurderingen som tilsier at enkelte statslån bør omfattes av doktrinen, jf. fremstillingen av

²¹⁵ Feilchenfeld (1931) s. 710

²¹⁶ Sack (1927) s. 163

Khalfan sitt forslag til en utvidet unntaksregel i kapittel 2.5, og ikke gode juridiske slutninger.

6 Litteraturliste

6.1 Litteratur

6.1.1 Bøker

Abrahams, Charles *Financing the Crime of Apartheid: What Are the Legal Defenses? I: How to Challenge Illegitimate Debt Theory and Legal Case Studies*. Basel, 2009, s. 93-97

Adams, Patricia *Iraq's Odious Debts. Policy Analysis no. 526*. Washington, 2004

Adams, Patricia *Odious debts: Loose lending, corruption and the third world's environmental legacy*. Toronto, Earthscan, 1991

Bedjaoui, Mohammed *Ninth Report on Succession of States in respect of matters other than Treaties*. I: Yearbook of the International Law Commission vol II del 1. New York, 1977, s. 45-119

Bedjaoui, Mohammed *Thirteenth Report on Succession of States in respect of matters other than treaties*. I: Yearbook of the International Law Commission vol II del 1. New York, 1981, s. 3-43

Bokor-Szegö, Hanna *General Principles of Law*. I: International Law: achievements and prospects. Paris, UNESCO, 1991, s. 213-221

Bonilla, Stephaniea *Odious Debt. Law-and-Economics Perspectives*. Hamburg, Gabler Verlag, 2011

Brownlie, Ian *Principles of Public International Law*. 6. utg. Oxford, Oxford University Press, 2003

Cordero-Moss, Giuditta *International commercial law*. Oslo, Privatrettsfondet, 2010

Crawford, James *Rights of Peoples: "Peoples" or "Governments"*. I: The Rights of Peoples. Oxford, Clarendon Press, 1988, s. 55-69

Feilchenfeld, Ernst *Public Debts and State Succession*. New York, Macmillan, 1931

Giroud, Sandrine *Baby Doc's Odious Debts and Haiti's Legal Defences*. I: How to Challenge Illegitimate Debt Theory and Legal Case Studies. Basel, 2009, s. 97-102

Hanlon, Joseph *Defining illegitimate debt. Understanding the issues*. Milton Keynes, 2002

Howse, Robert *The Concept of Odious Debt in Public International Law. UNCTAD discussion papers*. Geneve, 2007

Khalfan, Ashfaq, King, Jeff og Thomas, Bryan *Advancing the Odious Debt Doctrine*. Montreal, 2003. http://www.dette2000.org/data/File/odious_debt_CISDL.pdf [Sisert 27.10.2012]

Menon, P.K. *The Succession of States in Respect to Treaties, State Property, Archives, and Debts*. Lewiston, E. Mellen Press, 1991

Michalowski, Sabine *Unconstitutional Regimes and the Validity of Sovereign Debt*. Hampshire, Ashgate Publishing Limited, 2007

Nehru, Vikram og Thomas, Mark *The Concept of Odious Debt: Some Considerations. Policy research paper 4676*. Washington, 2007

O'Connell, Daniel Patrick *State Succession in Municipal Law and International Law volum I*. Cambridge, Cambridge University Press, 1967

Sack, A.N *Les effets de transformations des États sur leur dettes publiques et autres obligations financières*. Paris, Sirey, 1927

Shaw, Malcolm N. *International law*. 5. utg. Cambridge, Cambridge University Press, 2003

Stolpestad, Ingrid Westgaard *Gjeld og den arabiske våren: Norske utlån til Tunisia, Egypt og Bahrain*. Oslo, 2011

https://nca.no/PageFiles/1891/Rapport_Gjeld_og_den_arabiske_vaaren_2011.pdf [Sisert 31.10.2012]

6.1.2 Tidsskriftsartikler fra internett

Buchheit, Lee C, Gulati, G. Mitu og Thompson, Robert B. *The Dilemma of Odious Debts*. 2007. <http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol56/iss5/1/> [Sisert 21.09.2012]

Cheng, Tai-Heng. *Renegotiating the odious debt doctrine*. New York 2007. <http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol70/iss3/3/> [Sisert 14.09.2012]

Damle, Jai. *The odious debt doctrine after Iraq*. 2007. <http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol70/iss4/5/> [Sisert 22.10.2012]

Franck, Thomas M. *The emerging right to democratic governance*. 1992. <http://www.jstor.org/stable/2203138> [Sisert 30.10.2012]

Gelpern, Anna. *What Iraq and Argentina Might Learn from Each Other*. 2005. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=884203 [Sisert 1.10.2012]

- King, Jeff A. *Odious Debt: The Terms of the Debate*. 2007. <http://heinonline.org> [Sisert 25.09.2012]
- Kremer, Michael og Jayachandran, Seema. *Odious Debt*. 2002. <http://www.imf.org/external/np/res/seminars/2002/poverty/mksj.pdf> [Sisert 03.10.2012]
- Ochoa, Christiana. *From Odious Debts to Odious Dinance: Avoiding the Externalities of a Functional Odious Debt Doctrine*. 2008. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1015594 [Sisert 05.09.2012]
- Paulus, Christoph G. *The Evolution of the "Concept of Odious Debts"*. 2008. http://www.zaoerv.de/68_2008/68_2008_2_a_391_430.pdf [Sisert 05.10.2012]
- Stephan, Paul B. *The institutionalist implications of an odious debt doctrine*. 2007. <http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol70/iss3/10/> [Sisert 13.10.2012]
- Yianni, Andrew og Tinkler, David. *Is There a Recognized Legal Doctrine of Odious Debts*. 2007. <http://heinonline.org> [Sisert 01.11.2012]

6.2 Nettdokumenter

- FNs traktatsamling. Status: Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts. New York 2012. http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-12&chapter=3&lang=en [sisert 10.09.2012]
- Foreign Press Center. Iraq: Paris Club Debt Relief. Washington 2005. <http://fpc.state.gov/documents/organization/44019.pdf> [sisert 06.11.2012]
- Leigh, David og Hooper, John. Britain's dirty secret. London 2003. <http://www.guardian.co.uk/politics/2003/mar/06/uk.iraq> [sisert 06.10.2012]
- Paris Club. The Paris Club and the Republic of Iraq agree on debt relief. Paris 2004. <http://www.clubdeparis.org/sections/communication/archives-2004/irak6017> [sisert 01.11.2012]
- Store Norske Leksikon. Despoti. Oslo 2009. <http://snl.no/despoti> [sisert 13.11.2012]
- Store Norske Leksikon. Odiøs. Oslo 2007. <http://snl.no/odios> [sisert 04.11.2012]
- The Economist. Unforgivable: South Africa's apartheid debts. London 1999. <http://www.economist.com/node/321289> [sisert 15.11.2012]

Utenriksdepartementet. Norge først i verden til å gjennomføre gjeldsrevisjon. Oslo 2012.
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/presSESenter/pressemeldinger/2012/gjeldsrevisjon.html?id=697585> [sitert 05.11.2012]

6.3 Traktater

Statute of the International Court of Justice, 26. juni 1945

International Covenant on Civil and Political Rights, 16. desember 1966

Vienna Convention on Succession of States in respect of State Property, Archives and Debts, Wien 8. april 1983

6.4 Domsregister

Rt. 2007.580

France v. Norway

International Court of Justice, Hague, 6. juli 1957

France v. Serb-Croat-Slovene State

Permanent Court of International Justice, Hague, 12. Juli 1929

Great Britain v. Costa Rica

Reports of international arbitral awards, 1923, volum 1, s. 369-399

Settlers of German Origin in Poland

Permanent Court of International Justice, Hague, 10. sept 1923